

سُؤَالُ الْكَافِرِ

فِي شَرْحِ شَرَائِعِ الْإِسْلَامِ

تأليف

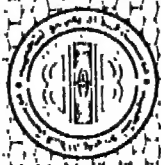
الشيخ محمد حسن المنجيني

دار إحياء التراث العربي
بيروت









جواهر الكلام

« في شيخ شيوخنا الأئمة »

تأليف

شيخ الفقه والإمام المحققين الشيخ حسين النجفي
الموتى سنة ١٢٤٠

الجزء السابع والعشرون

حققه وعلق عليه

الشيخ علي الأخوندي

طبع على نفقة

دائرة إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

كتاب المزارعة والمساقاة

﴿ أمّا المزارعة فهي ﴾ لغة : مفاعلة من الزرع وشرعاً ﴿ معاملة على الأرض بحصة من حاصلها ﴾ ولعلّ تحقق المعنى اللغوي فيه باعتبار مباشرة أحدهما وأمر الآخر به نحوه سمعته في المضاربة و هل هي المخابرة ؟ فيه خلاف لأفائدة مهجة في تحقيقه لكن في المسالك « قد يعبر عن المزارعة بالمخابرة إما من الخبر وهو الإكراه أو من الخبارة وهي الأرض الرخوة أو مأخوذ من معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر . وعلى كل حال فالمعاملة في تعريفها بمنزلة الجنس الشامل للإجارة والمساقاة وغيرهما ، وبالأخير يخرج الأول ، لعدم صحتها بحصة من النماء كما أنه بالأول يخرج الثاني ، لأنها معاملة على الأصول بحصة منها وإن كانت الأرض تابعة وقد عرفت غير مرّة أن المراد بنحو هذا التعريف في كلامهم التصوير والتمييز في الذهن في الجملة فلا يناسب الإطناب في بيان فقده لوازم التعريف من الطرد والعكس وغيرهما كما هو واضح .

ولا ريب في مشروعية هذا العقد عندنا ، وعند أكثر علماء الإسلام ، بل خصوصاً فيها وفي المساقاة مستفيضة أو متواترة .

منها خبر أبي الربيع الشامي ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل

(١) الوسائل الباب ٨ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ١٠ .

يزرع أرض رجل ، فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر فقال : لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأ ولكن يقول لصاحب الأرض : أزرع أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث ، أو ما كان من شرط ، ولا يسمى بذراً ولا بقرأ إنما يحرم الكلام .

وبحواه خبر النضر بن سويد ^(١) عن عبد الله بن سنان « أنه قال : في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره ، فيقول : ثلث للبقر وثلث للبذر ، وثلث للأرض قال : لا يسمى شيئاً من الحبّ والبقر ، ولكن يقول : أزرع فيها كذا وكذا إن شئت نصفاً ، وإن شئت ثلثاً » .

ومنها صحيح يعقوب ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « سألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها رمتان أو نخل أو فاكهة ، ويقول : اسق هذا من الماء وأعمره ولك نصف ما أخرج ؟ قال : لا بأس » خلافاً للشافعي وأبي حنيفة وبعض العامة فمنعوا منه إلا في مواضع مخصوصة .

وكيف كان **﴿عبارة﴾** عقد **﴿ها﴾** أن يقول : **﴿الموجب وهو من بيده الأرض يزارعك أو أزرع هذه الأرض أو سلمتها إليك ، وما جرى مجراه مدة معلومة ، بحصة معينة من حاصلها﴾** فيقول القابل ، قبلت ، وجرى المجازة فيها على ما حققناه في محلّه بل حققنا الحال في اعتبار مادة لفظ مخصوص وهيئته في العقد اللازم وعدمه ، وقد ذكرنا قوة الثاني وأنه يكفي في تأديته جميع ما يفيد من الألفاظ ولو على طريق المجاز إلا ما لا يتعارف أيضاً في تأدية مثله من الخطاب ولو لاستهجان المجاز فيه .

ولعلّه على هذا توسّع المصنف هنا ، فذكر سلمتها وما جرى مجراه ، وصيغة الأمر ، بل في جامع المقاصد والمسالك الاستدلال على جواز الأخير الذي نسبته في الروضة هنا إلى المشهور بخبر أبي الربيع والنضر بن سويد المتقدمين ، وإن ناقشنا

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب ٩ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث - ٦ -

فيه بعدم الدلالة فيهما ، على أن هذا هو العقد ، خصوصاً مع عدم التصريح بالقبول ،
 فيمكن أن يكون هذا من جملة القول الذي يكون بين المتعاقدين قبل العقد ،
 لتقرير الأجر بينهما ، واختار عدم الصحة ، وكذا في الرياض إلا أنه استدل عليه
 بخبر يعقوب السابق وضعفه أولاً : بأن غايته نفى البأس ، وهو لا يدل على اللزوم
 المطلوب اثباته بالصيغة ، وثانياً : بعدم تضمنه القبول ولو فعلاً ، وهو كاشف عن أن
 المراد من ذكر ذلك بيان ما يصح مساقاته ، لاصيغتها حتى يستدل به على ذلك .

لكن لا يخفى عليك ما في الجميع بعد الأحاطة بما أسلفناه في كتاب البيع ،
 وخبر أبي الربيع والنضر ، إنما هما بصيغة المضارع ، لا الأمر ، وظاهر قوله في أحدهما
 « إنما يحرم الكلام » إرادة العقد بذلك ، ونفي البأس في خبر يعقوب بعد ظهور القول
 فيه في الصيغة دال على صحتها المترتب عليه أحكامها فإذا الأقوى جواز ذلك كله
 لأن التحقيق عدم الاجمال في العقد كي يقتصر فيه على المتيقن في المادة والهيئة .

نعم الظاهر اعتبار القول أيضاً في قبولها ، كغيرها من العقود اللازمة ، وترك
 المصنف له هنا في بيان عبارتها ، لعدم اعتبار لفظ مخصوص فيه ، بل هو جميع ما دل على
 الرضا بالإيجاب ، فما في المسالك من احتمال كون ذلك منه لبيان الاكتفاء فيه بالفعل
 كما اختاره العلامة في القواعد في غير محله ، هذا وفي المسالك « وأعلم أنه قد استفيد
 من حقيقة المزارعة ومن صيغتها أن المعقود عليه هو الأرض المملوكة المنتفع بها
 - إلى أن قال - وإنه لا تشرع المزارعة بين المتعاملين إذا لم يكن الأرض ملكاً لأحدهما
 كما في الأرض الخراجية ، وإن بقي من لوازمها ما يمكن اشتراكهما فيه ، لما قد عرفت
 أن متعلقها والمعقود عليه هو الأرض فلو اتفق اثنان على المعاملة في مثل ذلك في
 الأرض الخراجية ، فطريق الصحة الاشتراك في البذر » إلى تمام ما ذكره من التحيل
 الشرعية المفيدة للاشتراك في الحصول ، على حسب ما يتفقان عليه بغير طريق
 المزارعة .

وقد يناقش فيه بأن صيغة المزارعة التي هي زارعتك وسلمتكم وبحوهما
 وحقيقتها - التي هي المعاملة على الأرض بالحصة من حاصلها - لا تقتضي اعتبار ملكية

الأرض ، لأعيناً ولا منفعة ، بل يكفى فيها الأولوية الحاصلة في أرض الخراج بالاحياء أو بالتفويض ، ممن هي في يده من حاكم الجور أو الشرع أو غير ذلك .
ومن هنا جزم في الكفاية بعدم اعتبار ذلك في المزارعة ، وذكر جملة من النصوص الدالة على جواز مزارعة أرض الخراج ، كصحيح الحلبي ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « سئل عن مزارعة أهل الخراج بالنصف والثلث والرابع قال : نعم لا بأس به ، قد قبل رسول الله ﷺ خيبر أعطاه اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف » وفي خبر الفيض بن المختار ^(٢) « قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك ما تقول في أرض أتقبلها من السلطان ثم أوجراها أكرتي على أن ما أخرج الله تعالى منها من شيء كان لي من ذلك النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال : لا بأس به كذلك أعامل أكرتي .

وفي خبر يعقوب بن شعيب ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن الرجل له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس - إلى أن قال - : وسألت عن المزارعة فقال : النفقة منك ، والأرض لصاحبها ، فما أخرج الله من شيء قسم على الشهر ، وكذلك أعطى رسول الله ﷺ يهود خيبر حين أتوه فأعطاهم إبتاهاً على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت ، إلى غير ذلك .

قلت : قد يقال : إن مراد الشهيد ما لا ينافي شيئاً مما سمعت ، وذلك لأنه لا يكاد ينكر ظهور ما ذكره من تعريف المزارعة المزبورة ومن صيغتها المذكورة في كون الأرض مملوكة العين أو المنفعة أو الانتفاع ، والا لم يكن وجه للمعاملة عليها بالحصّة من حاصلها التي متقضاها تسليط العامل عليها بعوض هو الحصّة من الحاصل ، فهي حينئذ كإلجاء بالنسبة إلى ذلك ، وإن اختلفت معها في

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث - ٨ .

(٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث - ٣ .

(٣) الوسائل - ١٠ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث - ٢ .

الأجرة بل هو معنى زارعتك على هذه الأرض ، أو سلمتك إياها أو سلطتك عليها بالحصة من حاصلها ، إذ لا معنى له بدونه ، فإنّ المعاوضات التمليلية لا يتصور فيها عدم ملكية العوضين ، أو أحدهما بأحد الوجوه التي ذكرناها ، بل قد سمعت ما في خبر يعقوب المسؤل فيه عن المزارعة ، فقال : « النفقة منك والأرض لصاحبها فما أخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر » كغيره من النصوص الظاهرة في كون الأرض في المزارعة مملوكة عيناً أو منفعة أو انتفاعاً ، بمعنى اعتبار السلطان على الأرض للمزارع ، وأرض الخراج وإن كانت غير مملوكة العين ذاتاً لكنها قد تملك منفعتها بالاستيجار من السلطان ، الذي قد أجرى الشارع ذلك منه مجرى سلطان العدل أو بالتقبيل أو غير ذلك مما يفيد تملك المنفعة أو الانتفاع ، وكذا من سبق إليها فحياها وقلنا : إنه بذلك يكون أحق من غيره في الانتفاع بها ، فإنه في الحقيقة مالك الانتفاع بها ، ولذا يصح له جعل مثل هذه الأحقية ثمناً لمبيع وأجرة في الإجارة إذ هو كالتحجير ونحوه من الحقوق المالية .

وعلى هذا ونحوه خرجت نصوص مزارعة أرض الخراج ، لاما إذا لم يكن لأحدهما تسلط على منفعتها ، أو الانتفاع بها ، فإنه لا خصوصية لأحدهما على الآخر على وجه يكون أحدهما مزارعاً والآخر عاملاً بل لابد حينئذ في إرادة الاشتراك في ثنائها على التساوي ، أو التفاضل ، من الاشتراك في البذر كذلك ، أو غير ذلك من الوجوه والحيل التي ذكرها في المسالك مما هو منطبق على قواعد الإجارة والصلح أو غيرهما ، لا المزارعة لفقد تسلط أحدهما على الأرض الذي هو ركن في المزارعة ، كي يدفعها إلى الآخر بالحصة من حاصلها الذي قد عرفت أنه في المعنى إجارة .

وبذلك كله ظهر أنه لا وجه لمناقشته بما عرفت ، وبمخالفته للنصوص السابقة ودعوى ظهور كلامه في اعتبار ملكية العين في المزارعة مقطوع بفسادها ، فإن القواعد والنصوص والفتاوى صريحة في خلافها ، ويبعد خفاء مثل ذلك على مثل الشهيد .

نعم يبقى شيء ، وهو أن قضية ما ذكرنا عدم صحة المزارعة على الأرض المستعارة ولو للزراعة على وجه يملك المستعير الحصّة على المزارع ، لعدم الملك عيناً ومنفعة وانتفاعاً ، فإذا وقعت المزارعة منه حينئذ فهي في الحقيقة للمالك ، وإن قصد بها نفسه فأرض الخراج التي يفوض أمرها الجائر مثلاً إلى شخص مثلاً على أنها له إذا زارع عليها ، لا يملك الحصّة ، ضرورة عدم ملك العين أو المنفعة أو الانتفاع بذلك ، بل تكون الحصّة حينئذ للمسلمين ، على فرض صحة المزارعة .

نعم إذا استمر الجائر على الإباحة إلى قبض الحاصل ، كان الملك حينئذ بذلك ، لا بالمزارعة ، فتأمل جيداً .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ هو ﴾ أي عقد المزارعة ﴿ عقد لازم ﴾ بلا خلاف بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه ، لقاعدة اللزوم المستفادة من آية « اوفوا » وغيرها ف ﴿ لا يفسخ ﴾ حينئذ اختياراً ﴿ إلا بالتقاييل ﴾ المطلقة أدلته ، أو باشتراط الخيار ونحوه . نعم قد تنفسخ قهراً بخروج الأرض عن الانتفاع ونحوه ، ﴿ ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين ﴾ كغيره من العقود اللازمة ، فإذا مات رب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه ، وإذا مات العامل قام وارثه مقامه ، أو استؤجر من ماله - ولو الحصّة المزبورة - على اتمام العمل .

ولكن في المسالك وغيرها أقوه ربما استثنى من ذلك ما إذا شرط المالك على العامل العمل بنفسه ، فإنها حينئذ تبطل بموته ، قال : « ويشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة ، لأنه حينئذ قد تملك الحصّة وإن وجب عليه بقية العمل ، فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد ، نعم لو كان قبله اتجه » .

قلت : قد يقال بأنّ الملك حينئذ وإن حصل ، لكنّه منزّل إلى حصول تمام العمل ، نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الأحوال ، بل الظاهر حينئذ البطلان والرجوع إلى أجره المثل على فرض القول باحترام عمله في هذا الحال ، ولا يقسط على الحصّة ، وإن قلنا به في الاجارة على العمل المشروط فيه المباشرة ، لعدم ظهور

مقابلة أجزاء العمل بأجزاء الحصّة هنا ، لا شرعاً ولا قصداً بخلافه في الاجارة ، وإلاّ لانتجحه حينئذ ملك بعض الحصّة ببعض العمل قبل ظهور شيء من الزرع ، وهو معلوم البطلان كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ الكلام إما في شروطه ﴾ أى هذا العقد ﴾ وإما في أحكامه ﴾ .

أما الشروط : فتلاثة

﴿ الاول : أن يكون النماء مشاعاً بينهما ، تساويًا فيه أو تفاضلاً ﴾ بخلاف على ما في الرياض ، بل في الغنية الإجماع عليه ، وإنه الحجة مضافاً إلى قاعدة الإقتصار على المتيقن من النص والفتاوى في عقد المزارعة والمساقاة ، المخالف لاصالة عدم الغرر ، بل في الصحيح ^(١) « لا تقبل الأرض بحنطة مسمّاة ، ولكن بالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به » وفي المسالك في تفسير الشرط المزبور « أى يكون مجموع النماء بينهما مشاعاً ، فيخرج بذلك ما لو شرط أحدهما شيئاً معيناً ، والباقي للآخر أولهما ، وما لو شرط أحدهما خاصّة وغير ذلك ، والوجه في بطلان الجميع منافاته لوضع المزارعة » .

قلت : لا خلاف ولا إشكال في بطلان المزارعة مع عدم الإشاعة في شيء منها ﴿ فلو شرطه ﴾ أى النماء ﴾ أحدهما لم يصح وكذا لو اختص كل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه كأن يشترط أحدهما الهرف ﴾ أى المتقدم من الزرع ﴿ والآخر الأقل ﴾ أى المتأخر منه ﴿ أو ما يزرع على الجداول ﴾ بمعنى الانهار الصفار أو ما يجمع حولها من التراب من قطع الأرض ﴾ والآخر ما يزرع في غيرها ﴾ أو نحو ذلك مما لا إشاعة في شيء منه بينهما .

(١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٣ - .

وأما إذا كانت الإضاءة في الجملة محققة ﴿و﴾ لكن بعد استثناء شيء معين كما ﴿لو شرط أحدهما قدرًا من الحاصل وما زاد عليه بينهما﴾ فإنه ﴿لم يصح﴾ أيضًا عند المصنف وجماعة ، بل ربما قيل : إنه المشهور ، سواء كان مقدار البذر أو غيره لا ﴿لجواز أن لا تحصل الزيادة﴾ فيبقى الآخر بلا شيء ، إذ يمكن فرضه فيما يكون الغالب عادة حصولها ، بل لمنافاته الثابت من شرع المزارعة الذي هو كون النماء جميعه مشاعاً بينهما ، خلافاً لما عن الشيخ وجماعة من جواز اشتراط مقدار البذر بل عن الفاضل جواز استثناء شيء مطلقاً ، ورجحه في الكفاية ، ولعله للعمومات والاطلاقات بعد منع ظهور ما دلّ على شرعية المزارعة في إضاءة جميع الحاصل بينهما بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك ، خصوصاً إذا كان الاستثناء لأجنبي عنهما ، ولعلّ منه استثناء قدر معين لخراج السلطان ، كما أن من الأوّل استثناء مقدار ما يصرف على عمارتها أو لا ثم قسمة الحاصل بينهما .

بل لعلّ خبر إبراهيم الكرخي ^(١) كالصريح في أن المداير على الشرط ، قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشارك العليج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ، ويكون على العليج القيام والسقي والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه ، ويبقى ما بقي ، عليّ أن للعليج منه الثلث ، ولي الباقي قال : لا بأس بذلك ، قلت : فلي عليه أن يردّ عليّ مما أخرجت الأرض البذر ، ويقسم ما بقي ، قال : إنما شاركته عليّ أن البذر من عندك ، وعليه السقي والقيام .

كظهور خبر يعقوب بن شعيب ^(٢) في استثناء غير ذلك « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل عليّ أن يعمرها ويصلحها ، ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : لا بأس ، إلى غير ذلك من النصوص على اختلافها في الظهور والإشعار بجواز ذلك الذي هو في الحقيقة لا ينافي الإضاءة ، خصوصاً إذا كان لأجنبي ، وإن نافي كونه بينهما .

(١) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ، الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب ١٠ - من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة الحديث - ٢ .

ومن الغريب بعد ذلك كله ما في الرياض حيث أنه بعد أن حكى عن الكفاية
ترجيح ذلك استناداً إلى قوله تعالى ^(١) «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» قال : «وهو
كما ترى ، إذ ليس المستفاد منه إلا الجواز مع الرضا ، وهو لا يستلزم اللزوم مع فقد
ولو بعدها ، كما هو المدعى ، مع أنه مخصص بما مضى ، مضافاً إلى ما دلَّ ^(٢) على
النهي عن التجارة المتضمنة للغرر ، والجهالة ، ومنها مفروض المسألة كما مرَّ إليه
الإشارة ، وبه صرح في الغنية ، فقال ، بعد الاستناد إلى الإجماع : ولعله لا يسلم إلا ما
قد عيَّنه ، فيبقى ربُّ الأرض والنخل بلا شيء وقد يعطب إلا غلة ما عيَّنه ، فيبقى
العامل بلا شيء .

إذ لا يخفى عليك ما فيه من عدم انحصار الدليل في الآية التي يكفي في المطلوب
دالاتها على الجواز والمشروعية ، واللزوم يستفاد حينئذ من آية ^(٣) «أَوْفُوا» وغيرها
وليس فيما مضى ما يصلح مخصصاً ، إذ ليس إلا دعوى شرعيتها على خلاف ذلك ،
وقد عرفت منعها على مدعيها ، وأنَّ الإطلاقات والعمومات تكفي في اثبات شرعيتها
على الوجه المزبور ، ولا نهى عن مطلق الغرر على وجه يشمل هذه المعاملة التي هي
مبنية عليه .

وما في الغنية ظاهر في استثناء قطعة من الأرض يختصُّ بها العامل أو ربُّ
الأرض ، وهو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معين كلي من الحاصل ، لأحدهما
الذي قد عرفت عدم منافاته للإشاعة ، حتى لو كان لأحدهما ، بناءً على أنه كاستثناء
الأرطال المعلومة في بيع الثمار ، مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلك أيضاً ، إذا كان
بطريق الشرط خارجاً عن أرض المزارعة ، لعموم الأدلة وإطلاقها ، ولعلَّ منه ما في
أيدي الناس الآن من اشتراط الشكارة المختصة بالسركار أو الفلاح أو غيرهما ، ومن
ذلك كله يظهر الوجه فيما ذكره المصنف بقوله .

(١) سورة النساء الآية - ٢٩ - .

(٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من ابواب آداب التجارة الحديث - ٣ -

(٣) سورة المائدة الآية - ١ - .

﴿ أما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه له من غير الحاصل مضافاً إلى الحصة ﴾ من ذهب أو فضة أو غيرها ﴿ قيل ﴾ : والقائل المشهور ﴿ يصح ﴾ بل لعلّ عليه عامة من تأخّر بل قد يشعر ما في المسالك ومحكي غيرها بعدم الخلاف فيه ، حيث لم يعلم القائل بالآخر ﴿ و ﴾ ان قال المصنف : ﴿ قيل ﴾ : يبطل و ﴿ على كل حال لا ريب في أن ﴾ الاول أشبه ﴿ بأصول المذهب وقواعده ، بل في المقاميح في بعض الأخبار عليه دلالة ، قيل : ولعله ما أشار إليه في الكفاية من بعض المعتبرة ^(١) » عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهما ، فربما نقص وغرم ، وربما استفضل وزاد ، قال : لا بأس إذا تراضيا « هذا .

ولكن في المسالك « إن قراره حينئذ مشروط بالسّلامة كاستثناء أوطال معلومة من الثمرة في البيع ، ولو تلف البعض منه سقط منه بحسابه ، لأنه كالشريك وإن كان حصته معينة » .

قلت : قد يشكل ذلك بمعنا فانه لعموم ما دلّ على لزوم الشرط بعد فرض كونه في الذمة ، وبذلك يفرق بينه وبين استثناء الأوطال التي هي بعض المبيع ، ولا مناس عن كونه حينئذ كالشريك .

نعم قد يتم ذلك في المسألة الاولى التي هي اشتراط قدر معين من الحاصل ، ولعله المراد لثاني الشهيدين ، وإن اتوهم بعض من تأخّر عنه أن مراده الاخير وتبعه عليه ، إلا أنه كما ترى لا وجه له ، بل لعلّ في الحكم بالسقوط منه بحسابه في المفروض اشكالا ، عملاً بالشرط الموافق لتعليل المنع في المتن وغيره ، وإن كان هو الاقوى ما لم يعلم إرادة خلافه من الشرط .

﴿ وتكره إجارة الأرض للزراعة ﴾ حنطة ﴿ بالحنطة أو ﴾ شعيراً ﴿ الشعير ﴾ مع ضمان ذلك في الذمة ، وأما إذا كان ﴿ مما يخرج منها و ﴾ يحصل فيها مشغصاً للثمن بذلك فـ ﴿ المنع أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة اعتبار ملكية

الاجرة التي هي عوض المنفعة المملوكة خارجاً أو ذمّة ، ولا شيء منهما في الفرض .
ومن ذلك يعلم عدم الفرق بين تشخيص كونه منها ، أو من أرض أخرى ، ولا بين
استيجارها بجنس ما يريد زرعها فيها وغيره .

وإلى ما ذكرنا أشار الصادق عليه السلام في خبر أبي بصير ^(١) لا تؤاجر الأرض بالحنطة
والشعير ولا بالتمر ولا بالأربعاء ولا بالنطاف ، ولكن بالذهب والفضة ، لأنّ الذهب
والفضة مضمون ، وهذا ليس بمضمون ، بناء على إرادة عدم إجارتها بذلك إذا كان منها
حتى يصحّ التعليل فيه ، بل منه يعلم كونه المراد من غيره من الأخبار المشتملة على النهي
عن إجارتها بالحنطة والشعير من دون تعليل ، خصوصاً مع ملاحظة العادة في ذلك .
مضافاً إلى خصوص خبر أبي بردة ^(٢) سألت أبا عبد الله عليه السلام عن إجارة الأرض
المحدودة بالدراهم فقال : لا بأس قال : وسألته عن إجارتها بالطعام فقال : إن كان من
طعامها فلا خير فيه .

وخبر الفضيل بن يسار ^(٣) « سألت أبا جعفر عليه السلام عن إجارة الأرض بالطعام
قال : إن كان من طعامها فلا خير فيه » والمناقشة في السند أو الدلالة مدفوعة بالاكتفاء
بالشهرة العظيمة ، بل لم أجد مخالفاً صريحاً ، إلّا ما يظهر من المصنف في النافع .
مؤيداً ذلك كونه بالحسن ^(٤) « عن رجل اشترى من رجل أرضاً جرباً بئاً معلومة
بمأة كرت على أن يعطيه من الأرض قال حرام » بناء على عدم ظهور الفرق بين ثمن
المبيع والاجرة ، هذا كله إذا شخص الثمن بذلك .

أما لو جعله في الذمّة ولكن شرط الأداء منها أو من أرض مميّنة أخرى فلا
يبعد الجواز ، للعمومات ، ويجري عليه حكم الشرط حينئذ ، مع احتمال البطلان
فيه ، عملاً بما سمعته من النصوص في خصوص هذا الشرط .

وأما إذا لم يذكر لامشخصاً ولا شرطاً فلا ريب في أن الأصول والعمومات تقتضي

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٩ - ٥ .

(٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب بيع الثمار الحديث - ٢ .

الجواز ، مضافاً إلى التعليل والمفهوم من الأخبار السابقة الحاكمين على إطلاق غيرها من النصوص الذي قد عرفت مع ذلك انسياقه إلى إرادة ما يخرج منها ، من غير فرق في ذلك بين كون الأجرة من جنس ما يزرع فيها ، وغيره .

خلافاً لبعض فممنع منه مع كونها من جنس ما يزرع فيها لمحيي الحلبي^(١) عن الصادق عليه السلام « لا تستأجر الأرض بالحنطة ثم تزرعها حنطة » وفيه مع عدم وفائه بتمام المدعى - أنه يمكن حمله على إرادة ما إذا كان منها ، بل لعلّه لا يخلو من إيماء إليه ، أو يحمل النهي فيه على الكراهة .

لكن في المسالك . « فيه نظر لأن النهي فيه مطلق ، ولا منافاة بينه وبين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله ، و التحقيق أن المطلق والمقيد متى كانا منفيتين لا يلزم الجمع بينهما ، بل يحمل المطلق على إطلاقه ، بخلاف المثبت وبملاحظة ذلك يخرج فساد كثير مما قررناه في مثل هذا الباب ، وقدمضى مثله في النهي عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل والموزون كذلك ، حيث جمع الأكثر فيهما بحمل المطلق على المقيد ، وليس بشيء وتحقيق ذلك في الأصول ، مع أنه يمكن حمل الخبر الأول على الإطلاق كالثاني ، بأن يريد بكونه من طعامها أي من جنسه ، ويؤيده ظهور الكراهة منه ، ولو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع ، فإن عدم الخير لا يبلغ حد المنع فإن المباح والمكروه لا يوصف بالخير ولا يفيده ، وبينه وبين الشرّ واسطة ، وأما النهي فلا أصل فيه التحريم ، فحمله على الكراهة بغير دليل أمر غير حسن ، وقول ابن البراج بالمنع مطلقاً لا يخلو من قوة ، نظراً إلى الرواية الصحيحة إلا أن المشهور خلاف قوله . قلت : فيه ما لا يخفى عليك ضرورة كون التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذي هو بحكم المنطوق ، وقد تقدم الكلام في مسألة بيع الطعام قبل قبضه ، والجمع بما عرفت أولى مما ذكره من وجوه أحدها الاعتناد بالشهرة العظيمة ، وما قد تقدم من تعليل المنع ، وبالحسن المزبور ، وبغير ذلك مما عرفت على وجه كشف عن إرادة ذلك

(١) الوسائل الباب ١٦ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٣ .

من المطلقات أجمع ، حتى الخبر المزبور ، بشهادة مافى بعضها من التعليل الذي لا ينطبق إلا على إرادة ما إذا كان منها ، فلا محيص للفقهاء حينئذ عن ذلك .
وقد ظهر من جميع ما قررنا وجه الحكم بالحرمة فيما إذا كان منها ، بل أذن غيرها المعين ، وعدمها فيما إذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه ، كمالوا استأجرها بشعير في الذمة وزرعها حنطة ، بالاخلاف ولا اشكال ، وأن الأصح عدمها أيضاً فيه ، وإن كان هو مكروهاً للصحيح السابق ، بل لا يبعد القول بالكراهة في مطلق استئجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكفي حينئذ احتمال ارادته من المطلقات والله العالم .

وكذا يكره ﴿ أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به ، إلا أن يحدث فيها حدثاً أو يؤجرها بجنس غيره ﴾ عند جماعة ، بل المشهور لكن قد اشبعنا الكلام في ذلك في كتاب الاجارة ، فلاحظ وتأمل .

الشرط ﴿ الثاني تعيين المدة ﴾ بالاخلاف معتد به ، بل لعل الاجماع عليه بناء على عموم النهي عن الفرر ، ووروده على أدلة المقام ولو لرجحانه عليها ، لكون المزارعة كالاجارة في المعنى ، لا كالفراض الذي هو عقد جائز لافائدة لضرب الأجل فيه بالنسبة إلى جواز الفسخ ، واحتمال المزارعة الفرر بالنظر إلى الحصّة لا يقتضى احتمالها إتياء من غير هذه الجهة ، وكون الزرع له أمد ، لا يكتفى به في تعيين الاجل بعد فرض اعتباره ، كما في غيرها من الاجارة ونحوها .

مضافاً إلى خبر أبي الربيع الشامي ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام « سألت عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأبى وجوه القبالة أحل » قال : يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسمّاة فيعمر ويؤدّي الخراج فإن كان فيها علوج فلا يدخل العلوج في قبالة الأرض فإن ذلك لا يحل » بناء على إرادة المزارعة من القبالة فيه أو ما يشملها .

ومنه يعلم وجه دلالة صحيح الحلبي ^(٢) عنه أيضاً « أن القبالة أن تأمى الأرض

(١) الوسائل الباب ١٨ - من ابواب احكام المزارعة الحديث ٥ .

(٢) الوسائل الباب ١٨ - من ابواب احكام المزارعة الحديث ٣ باختلاف يسير .

الخربة فتقبلها من أهلها عشرين سنة أو أقل من ذلك أو أكثر فتعمرها وتؤدي ما خرج فلا بأس به ، بل صرح جماعة بوجوب كون المدة فيها مما يعلم فيها إدراك الزرع ولو من جهة العادة ، لأن إدراك الزرع هو المملحوظ في المزارعة بل هو ركنها الأعظم حتى أنه ظن من جعل ذلك هو المدار من بعض النصوص عدم اعتبار المدة في المزارعة وأن إدراك الزرع هو الغاية فيها .

قال ابراهيم الكرخي ^(١) : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أشرك العليج فيكون من عندي الأرض والبذر والبقر ويكون على العليج القيام والسقي والعمل والزرع حتى يصير حنطة أو شعيراً ويكون القسم فيأخذ السلطان حقه ويبقى ما بقي على أن للعليج منه الثلث ولي الباقي قال : لا بأس ، وإن كان المراد منه أن ذلك يكون من العليج حتى يدرك الزرع الذي هو المراد من المزارعة ، ولو مع ذكر المدة التي يبلغ فيها الزرع ، وحينئذ فلا يجدي المدة القليلة التي يعلم قصورها عن الإدراك فيها ، واحتمال التراضي - بعدها مع عدم لزومه عليهما غير مجد بل ومعه كما لو اشترط في عقد لازم لكنه خلاف المعلوم المعهود من المزارعة المشروعة ، بل لعل ما توهّم منه الخلاف في ذلك كالمتمن ونحوه مما أطلق فيه ذلك يمكن دعوى انسياقه إلى إرادة المدة التي يدرك فيها الزرع من المدة التي اعتبروها شرطاً نعم ذلك متبعه في الاجارة التي لم يكن مبنائها ولا المقصود منها إدراك الزرع ، لاحتمال إرادة قصيله ونحوه . وكيف كان فبناء على ما ذكرنا ﴿إذا شرط مدة معينة بالأيام أو الأشهر﴾ والسنين ونحو ذلك على وجه يدرك فيه الزرع ﴿صح﴾ لما عرفت ﴿و﴾ أمّا ﴿لو اقتصر على تعيين المزروع من غير ذكر المدة﴾ في الاكتفاء بذلك عنها ﴿وجهان : أحدهما يصح لأن لكل زرع أمداً﴾ معتاداً ﴿فيبنى﴾ حينئذ ﴿على العادة كالأراض﴾ ويكتفى به عن ذكر المدة .

﴿والآخر يبطل ، لأنه عقد لازم فهو كالأجارة فيشترط فيه تعيين المدة دفعا للفرر ، لأن أمد الزرع غير مضبوط ، وهو﴾ مع عدم خلاف محقق فيه ﴿أشبه﴾

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب أحكام المزارعة الحديث - ١ - .

بأصول المذهب وقواعده بعد القول باعتبار المدة التي من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك في جميع ما اعتبرت فيه من الاجارة وغيرها ، وقد عرفت الفرق بينها وبين القراض ، كما أفك قد عرفت الشبه بينها وبين الاجارة .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿لومضت المدة والزرع باق ، كان للمالك إزالته على الاشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها قاعدة « تسلط الناس على أموالها » وعدم حل مال المسلم إلا بطيب نفسه ، ضرورة عدم حق للمزارع بعد المدة التي ذلك فائدة جعلها غاية .

﴿سواء كان﴾ بسبب الزارع كالتفريط أو من قبل الله سبحانه كتأخير المياه أو تغير الأهوية ﴿وملحوظية إدراك الزرع لهما وضربهما المدة المذكورة لزعم إدراكه فيها لا يقتضى استحقاق بقاء الزرع بعد المدة فما عن بعض - من أنه ليس له الإزالة لأنه قد حصل في الأرض بحق ، فلم يكن للمالك قلعه ، ولأن للزرع أمداً معيناً غير دائم الثبات ، فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استاجر مدة للزرع فانقضت قبل ادراكه - واضح الضعف ، إذ الحق كان إلى غاية ، فلا حق له حينئذ بعدها ، وإن كان للزرع أمد معين بل وإن كان قصيراً كوضوح المنع في المقيس عليه من الاجارة التي هي أولى بالحكم مما هنا .

ألسهم إلا أن يقال : إن الغاية هنا للمزروع لا للمزارعة ، ولذا يبقى حكمها من الحصنة فيما بعد الغاية ، وحينئذ فالمراد أن الزرع الذي غايته كذا عادة متعلق بالمزارعة ، وذلك كاف في رفع الجهالة ، فإذا اتفق الخطاء بقيت المزارعة على حالها من اللزوم ، فليس له الإزالة حينئذ .

نعم قد يقال : إن له الأجرة لما بقي من المدة على ما يخص الزارع ، مع احتمال الأجرة للجميع ، لاستحقاق المالك عليه عوض المنفعة الأولى في الأرض الحصنة في الزرع فكل مقدمة يحتاج إليها حينئذ الزرع تراد من العامل ، خصوصاً إذا كان التأخير منه لتقصير ، وفيه أنه خلاف ظاهر المدة المضروبة التي هي مساوية

لمدة الاجارة من الاثنيان بها لرفع الجهالة والغرر في عقد المزارعة ، هذا .
ولكن في القواعد الاقرب أن للمالك الإزالة مع الارش ، أو التبقية مع
الاجرة سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير أو من قبل الله تعالى كتغيير
الاهوية وتأخير المياه .

وفيه أولاً أن المناسب لما ذكره في الاجارة - من عدم جواز القلع لو تأخر
ادراك الزرع عن مدة الاجارة لا بتفريط الزارع - عدم جواز القلع مع عدم التفريط
هنا ، إذ المزارعة أولى لان الاصح جواز استيجار الارض مدة لزرع لا يدرك فيها ،
بخلافه هنا .

وثانياً : أن المتبجعه على الجواز اختصاص هذا القسم بوجوب الارش دون ما إذا
كان التأخير بتفريطه .

وثالثاً : أنه لا بد من تقييد قوله « أو التبقية بالاجرة » بكون ذلك مع رضی
العامل ، لامتناع الزامه باثبات عوض في ذمته من دون رضاه ، وحينئذ لا وجه لادخاله
في حيز الاقرب ، ضرورة كونه قطعياً على فرض رضاه ، ثم إن الواجب هو أرض زرع
العامل ، دون المالك ، فإن كان البذر منه وقلنا إنه ينمو على ملكهما كما هو الظاهر
ومن ثم قلنا بوجوب الزكاة على كل منهما إذا بلغ نصيبه نصاباً فمقدار حصّة المالك
لا يجب أرشه ولو قلنا بأنه ينمو على ملك العامل فارش الجميع ، ومنه يعلم حكم
ما إذا كان البذر من المالك أو منهما ، ومتى قلح المالك فالمتبجعه وجوب أجره المثل
لتملك الارض له على العامل إذا كان التأخير بتفريطه ، ولا نفع للعامل ، لتضييعه
منفعة الأرض على المالك .

« قيل ولو أفضى تفريطه بالتأخير إلى نقص الحاصل نقصاً فاحشاً مخالفاً للعادة ،
فليس ببيعيه وجوب أكثر الأمرين للمالك من الحصّة وأجرة المثل » .

قلت : يشكل انطباقه على قاعدة شرعية يعول عليها ، والاعتبار بمجرده لا يصلح
مدركاً . نعم يتبجعه في الأول أجره المثل التي هي الضابط في كل منفعة تفوت على
مالكها ، والفرض عدم التمكن من معرفة الحصّة التي كان يقتضيها عقد المزارعة ،

وفي الثاني أرض الجاصل إن أمكن، هذا كله في المالك .

أمّا العامل فلا أجره له على المالك وإن كان التأخير من الله سبحانه ، قيل :
إلا إذا حكمنا بجواز القلع ، فإن المنتجه وجوب أجره المثل عليه ، لتضييع منفعه
مع احتمال الاكتفاء بوجوب الأرض عنها .

قلت مضافاً إلى عدم ضمان منفعة الحر بمثل ذلك ، وأعلم أن الأرض هونفاوت
ما بين قيمته باقياً بالأجرة ، وقيمه مقلوعاً ، ويحتمل أن يلحظ في القيمة استحقاقه
للقلع ، إذا المراد بالأرض عوض نقصان ماليته باعتبار حالته التي هو عليها ، ومنها
كونه مستحق القلع بالأرض ، إذ ذلك من جملة أوصافه اللازمة له .

لكن في المسالك « انه لا يخلو من دور » وفيه أنه ليس المقام مقام دور ، فمع
فرض مدخلية ذلك في قيمته يتجه ملاحظته ، وإلا كما هو الظاهر فلا ، والله العالم .
﴿ وكيف كان فـ ﴾ ان اتفاقاً على التبقية جاز بعوض وغيره ﴿ بلا خلاف ولا
إشكال لأن الحق لا يعدوهما ﴾ لكن إن شرط ﴿ رب الأرض ﴾ عوضاً ﴿ معيناً ﴾ افتقر
في لزومه ﴿ بعقد التجارة ﴾ إلى تعيين المدة الزائدة ﴿ وأما الصلح فيقوى جوازه ،
وإن لم يعين المدة كما أنه تلزمه أجره المثل إن لم يعين العوض الذي قد اتفقا عليه
كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء ، فإن الأقوى
استحقاقه الأجرة على ذلك فيتجه حينئذ ما عرفت والله العالم .

﴿ وعلى كل حال فـ ﴾ لو شرط في العقد تأخير إن بقي بعد المدة المشترطة ،
بطل العقد على القول باشتراط تقدير المدة ﴿ فإنه لا تقدير حينئذ ، إذ المدة هي
مجموع المذكور منها ، والمشتراط المفروض عدم تقديره ، بل الظاهر كفاية الجهل
في المدة المشترطة خاصة في بطلان العقد .

لكن في المسالك « احتمال الصحة ، لأن المدة مضبوطة ، وما تضمنه الشرط بمنزلة
التابع ذكر احتياطاً لاحتمال الحاجة ، وجهالة التابع غير مضرّة كما تقدم غير
مرة » وفيه ما لا يخفى ، بل قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المدة المشروطة ،
للمتعليق ، وللجهالة ، ولو باعتبار التردد بين المدتين .

نعم يمكن الصحة باشتراط البقاء مدة معينة على كل حال ، لا إرادة الاستظهار من دون تعليق له على بقائه بعد المدة غير مدرك ، كما أنه يمكن القول بالصحة بناء على أن المانع الجهالة ، لا التعليق ، بتنزيل إرادة أصل ثبوت استحقاق الإبقاء ولو بالأجرة بالشرط المزبور ، إذ مرجعه إلى اشتراط عدم القلع عليه ، أو ما يقرب من ذلك مما لا إشكال في صحته ، وإن وجب التراضي حينئذ بعد ذلك على تقديرها مع إرادة الاجازة الصحيحة أو أجرة المثل أو غير ذلك فتأمل جيداً فإنه دقيق .

﴿ولو ترك الزراعة حتى انقضت المدة لزمه أجرة المثل ، ولو كان استأجرها لزمته الأجرة﴾ لوضوح الفرق بينهما ، بتعذر معرفة المسمى في الأول ولذا وجب الرجوع إلى أجرة المثل ، بخلافه في الأجرة ، والظاهر اختصاص المالك بها ، لأنها تكون هي الحاصل ، فيجوز عليه حكم ما اشترطه في المزارعة من النصف أو الثلث ، ضرورة أن ذلك في الحاصل من العمل والأرض ، والفرض عدم العمل منه أصلاً فلا وجه لاستحقاقه فيما يقابل منفعة الأرض .

وكيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها ، وتسليمه إياها ، وإلا لم يستحق عليه شيئاً لأن المنع من قبله ، بل قد ينساق أن للعامل عليه أجرة المثل ، حيث أنه فوت عليه المنفعة المستحقة له ، وعدم العمل منه الذي هو المقابل لمنفعة الأرض إنما كان بتفريط المالك وتضييعه ، فهو حينئذ كما لو استوجر على عمل في مدة فبذله الأجير ولم يستوفه منه المستأجر فتأمل .

وعلى كل حال فحيث يلزم ضمان الأجرة قال في المسالك ويلزمه أرضها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق في بعض الأرضين لاستناد النقص إلى تفريطه كما قال فيها وهل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الإقناع اختياراً أو غيره ظاهرهم عدمه ، ولا يبعد الفرق ، لعدم التقصير في الثاني خصوصاً في الأرض ، ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة ، ولم يحصل منه تقصير يوجب الإيقاع إلى ما لا يقتضيه نعم يتوجه الحكم مطلقاً في الاجارة ، لأن حق المالك هو الأجرة عوضاً عن منفعة العين ملك المدة ، فإذا فانت المنفعة فإنما ذهبت على مالكها ، وهو المستأجر أمّا المؤجر

فلاحق له فيها ، إنما حقه في الاجرة ولم تفت .

قلت : لا إشكال في الفرق بين الإجارة والمزارعة بذلك ، بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوب أجرة المثل حتى في صورة التفريط ، ضرورة عدم بطلان العقد بذلك ، وهو إنما يقتضي الحصة المعدومة التي ليست بمضمونة في الذمة ، كما سمعته في مسألة الإجارة بشيء معين من حاصلها ، ومن الممكن عدم حصولها حتى لو زرع ولم يقصر فالرجوع منهما حينئذ إلى أجرة المثل مما لا يرجع إلى قاعدة ، ضرورة عدم العدوان في يده ، حتى يندرج في عموم « على اليد » وعدم صدق إنلاف مال الغير ، لأن عقد المزارعة جعله بحكم ماله ، لا مال الغير .

نعم إنما يجب عليه الاستثناء وتسليم الحصة ، وذلك إنما يترتب عليه إلا ثم لا الضمان ، وقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » لا يستفاد منها الضمان ، ولكن ترفع اللزوم ، فيتسلط على الخيار ، وحينئذ تكون كالمضاربة التي يترك العامل فيها العمل بالافسخ لها .

وكذلك الكلام فيما لو كان التقصير من صاحب الأرض بعدم تسليمها إلى المزارع ، بل عدم الضمان فيه أولى ، لعدم سيورة منفعة الأرض ملكاً له بعقد المزارعة حتى تكون يد المالك عليها عارية يترتب عليها الضمان ، والضرر عليه بفوات انتفاعه بنفسه مثلاً لا يقتضي الضمان ، لأن منافع الحر لا تضمن بذلك ومن ذلك كله يظهر لك الحال حتى في الحكم بضمان النقص الذي يلحق الأرض بعدم زرعها فإن ذلك من أحكام يد الضمان التي ليست هذه اليد منها فتأمل جيئداً والله العالم .

الشرط ❖ الثالث : أن تكون الأرض ❖ التي تقع المزارعة عليها ❖ مما يمكن الإلتفاع بها ❖ في ذلك ❖ بأن يكون لها ماء ❖ ولو قد يراً ❖ إما من نهر أو بئر أو عين أو مصنع ❖ أو غير ذلك حتى الغيث فان لم يمكن الإلتفاع بها في ذلك لعدم إمكان الماء لها لم تصح المزارعة عليها ، للأصل بعد معلومية إرادة غير هامن العمومات والإطلاقات بل هي من معاملات السفة في نظر العقلاء فحينئذ لو أوقعها على أرض هي كذلك حال العقد فاتفق تجد قابليتها لم يجد ذلك العقد ، واحتمال الإكتفاء بحالها في الواقع

المستور عليها ممكن ، إلا أن الاظهر خلافه .

نعم قد يقال بالصحة على الارض التى هى حال العقد قابلة لذلك ، إلا أنه لم يعلم المتعاقدان بها فافكشف حالها بعد ذلك ، لكن لا يخفى عليك أن مقتضى ماسمعه من الدليل مانعية عدم قابليتها للائتفاع بذلك للصحة ، لا اعتبار الإمكان ، وتظهر الثمرة في المزارعة على الارض التى لها ماء نادراً ، وإن تردد في ذلك في التذكرة من عدم التمكن من ايقاع ما وقع عليه العقد غالباً ، ومن إمكان الوقوع ولو نادراً ، إلا أن المتجه الصحة ، بناء على ما ذكرنا للعمومات ، ولعل هذا الشرط هنا كشرط القدرة على التسليم في البيع الذي قد أطيننا فيه في محله ، وكثير من مباحثه تأتى هنا بأدنى التفات فلاحظ وتأمل هذا .

ولكن في الارشاد ولو زارع على مالا ماله بطل إلا مع علمه ، ومقتضاء الصحة مع العلم إلا أن الظاهر إرادته عدم الماء فعلاً ، وإن كان يمكن بحفر بئر مثلاً لأن المراد الصحة على مالا يمكن الائتفاع بها للزرع الذي من الواضح عدم صحة المزارعة عليها ، بل لا يطابق ما اعترف به هو وغيره من الشرط الثالث ، إلا أن المتجه حينئذ على هذا التنزيل الخيار مع الجهل ، كما تسمعه منه في القواعد ومن المصنف فيما يأتى ، لا البطلان ، كانه لم يفهم منه ذلك في الرياض ، حيث أنه بعد أن ذكر الشرط المزبور قال : «لا خلاف في اشتراطه في الجملة وإن اختلفوا في متعلق الشرط هل هو الصحة مطلقاً كما هو ظاهر العبارة . فيبطل العقد مع عدمه مطلقاً ، ولو مع العلم بفقده ابتداء ، أو عدمه بعد وجوده ، أو في صورة الجهل بعدمه حين العقد خاصة كما هو ظاهر الفاضل في الارشاد حيث حكم بالبطلان بعدمه إلا مع العلم به ، أو اللزوم في صورة الجهل خاصة ، فللعامل الخيار فيها بعد العلم ، وأما صورة العلم ابتداء بعدمه حين العقد فليس بشرط أصلاً بل يلزم فيها كما هو صريح القواعد ، ووجهه كالسابق غير واضح بعد ما قررناه ، سيما هذا وحمل على محامل - مع بعدها - لا انطبق على شيء مما قدمناه من الأدلة .

قلت : سمعت عبارة الارشاد ، وما يمكن تنزيله عليه ، وكذا عبارة القواعد

التي هي : « الثالث : إمكان الإلتفاف بالأرض في الزرع بأن يكون لها ماء إما من عين أو بشر أو نهر أو مصنع ، وكذا التي أجراها للزرع ولو زارعا أو أجراها له ، ولا ماء لها تخير مع الجهالة ، لا مع العلم ، لكن في الأجرة يشبث المسمى » ضرورة استبعاد إرادته الصحة مع العلم بعدم إمكان الإلتفاف بها في ذلك ، بعد أن ذكر ذلك عقيب اعترافه بالشروط الثالث .

نعم إنما الكلام في قول المصنف وغيره ﴿ ولو انقطع ﴾ الماء ﴿ في أثناء المدة ﴾ فللمزارع الخيار ، لعدم الإلتفاف ، هذا إذا زارع عليها أو استأجرها للزراعة ، وعليه أجرة ما سلف ، ويرجع بـ ﴿ أجرة ﴾ ما قابل المدة المتخلفة ﴿ من وجوه أحدها : أن المنتجه البطلان إذا خرجت بانقطاع الماء عن قابلية إمكان الإلتفاف بها للزرع ، لا الخيار ، ضرورة اتحاد المدرك لشرطه ابتداء واستدامة ، وحمله على إرادة انقطاع الماء المعد لها الذي قدم عليه المزارع ، لا مطلق الماء حتى حفر بشر جديد لها مثلاً جيد ، ضرورة إيجاب مثله الخيار في باقي العقود اللازمة ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار » وغيرها ، إلا أنه ينفيه ما ذكر أخيراً من وجوب الأجرة عليه لما سلف من المدة مع الفسخ ، فإن ذلك لا يتجه في المزارعة التي كان الفسخ فيها من عدم إمكان الإكمال ، وليس لها أجرة مسمّاة ، بل الحصّة من العاصل الذي تعذر ، أللهم إلا أن يجعل ذلك في الإجارة خاصّة ، بقرينة قوله « ويرجع » إلى آخره ، فإنّه لا يتصور في المزارعة .

نعم لا يتجه ذلك في مثل عبارة اللمعة التي هي لم يذكر فيها غير المزارعة ، قال : « ولو انقطع في جميع المدة انفسخت ، وفي الأثناء يتخير العامل ، فإن فسخ فعليه بنسبة ما سلف » وكذا الإرشاد ، وإن أمكن توجيهه بأنه مع فرض عدم خروجها عن قابلية الانتفاع ، لا مكان استنباط ماء جديد لها يكون إلتلاف منفعة الأرض باختياره الفسخ ، خصوصاً مع بذل المالك لما يأتي به الماء ، فيضمنها كالأجارة وإن اختلفا في التقسيط باعتبار المسمى ، وأجرة المثل ، كما أنه يتجه ضمائه - في صورة تعذر عدم قابليتها للانتفاع بالزرع أصلاً لأجرة المثل عما سلف من المدة ، بناء على

اقتضاء ذلك الإفساخ من الأصل ، بمعنى ظهور بطلان المزارعة من أول الأمر ، لكون المنفعة في يده مضمونة ، ولو بالحصة التي مع بيان عدم امكانها يقوم مقامها أجرة المثل ، فإن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، واحتمال إرادة الفاضل والشهيد ذلك ينفيه نصريحهم بالخيار المقتضى لوجود الصحة فعلاً فتأمل . فإنه بما ذكرنا انضح لك الحال في جميع صور المسألة في المزارعة والاجارة للزراعة التي هي مثلها في الحكم إذا أخذت الزراعة مورداً لها .

أمّا إذا كانت داعياً لكون الأرض معدّة لذلك ، ومعظم ما يراد منها ذلك ، فاتفق تمهيبها في الأثناء ، وخروجها عن القابلية لتعذر الماء مثلاً ، فالمتجه الخيار أيضاً ، لقاعدة الضرر ، وامكان الإقتناع بها في غير تلك المنفعة لا ينفيه ، وإن قابلت نفع الزراعة إلا أنه قد حصل موجب الخيار بنقص الأرض عن الحال التي أقدم عليها به ، واستأجرها له ، وربما تأتي لذلك تنمة إنشاء الله هذا .

ومن الغريب ما في جامع المقاصد من قوله « اعلم أن قول المصنف لا مع العلم » يريد به عدم بطلان المزارعة والاجارة للزرع مع العلم بأن الأرض لا ماء لها ، وهو صحيح على القول بجواز التخطي إلى غير المنفعة المشروطة مما يكون مساوياً أو أقل ضرراً ، وحينئذ فلا شيء للمالك في المزارعة ، لعدم إمكان الإقتناع الذي حصول الحصة المشترطة متوقف عليه ، أما في الاجارة فيجب عليه المسمى لصحة الاجارة ، وعلى البطلان فلا يجب عليه شيء ، إذ لا يخفى عليك عدم احتمال ذلك في المزارعة التي وقع عقدها على الزرع ، وكذا الاجارة التي فرض موردها الزرع ، وأن المتجه وجوب اجرة المثل مع البطلان من رأس ، كما عرفت حتى في المزارعة .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ إذا أطلق المزارعة زرع ﴾ العامل الذي هو المخاطب بالزرع ومراد منه العمل ﴿ ما شاء ﴾ من أفراد الزرع التي ينصرف إليها الإطلاق ضرورة كون هذا المطلق كغيره من المطلقات في الانصراف إلى المعهود المتعارف إن كان ، وعدمه ، فما وقع من بعض الناس هنا مما ينافي ذلك في غير محله .

نعم في المسالك « إنما يتم ذلك ، أي تغيير العامل إذا كان البذر من عنده
أمّا لو كان من عند صاحب الأرض فالتخيير إليه بطريق أولى ، لا إلى المزارع »
وفيه : أنه لا منافاة بينهما بعد فرض ظهور الاطلاق في ذلك ، وأنه المخاطب المأمور
بالزراع .

وعلى كل حال فالتخيير مع الاطلاق لصلاحية كل فرد من الأفراد التي ينصرف
إليها الاطلاق لوجوده في ضمنه ، وأصرح من ذلك التعميم ، لكن عن التذكرة أنه
قوى وجوب التعمين مع الاطلاق ، لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات ،
فيلزم من تركه الغرر بخلاف العموم الدال على الرضا بالأضرار ، وردّه في المسالك
بأن المالك معه راضٍ بذلك أيضاً من حيث دخوله تحت الاطلاق المفروض رضاه به .
قال : « وربما فرق بينهما بأن الاطلاق إنما يقتضى تجويز القدر المشترك بين
الأفراد ، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضى بالأشدّ ضرراً من غيره ، اذ ليس
في اللفظ إشعار بذلك الوجه ، ولا دلالة على الإذن فيه والرضى بزيادة ضرره ، اذ
الرضا بالقدر المشترك إنما يستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترك بين الكل ، لا على
الرضا بالزائد ، فلا يتناول المتوسط ولا الأشدّ ، بخلاف العام الدال على الرضا بكل
فرد فرد » .

وردّه في المسالك أيضاً بما حاصله أن القدر المشترك المعنى المصدرى أو نفس
الحقيقة ، لا اللوازم اللاحقة لها ، وهو مسالتنا انزع الحاصل بكل فرد من أفراد
المزروعات ، لأنها مشتركة في هذا المعنى ، وإن لم تشترك في الضرر وغيره ، سواء قلنا إن
المطلق هو الدال على الماهية بلا قيد ، أو النكرة بلا صلاحية لكل فرد ، وعلى الثاني
ظاهرة وإن اختلفت في القوة والضعف ، بل وعلى الأول ، ولهذا حكموا بأن الأمر
بالضرب مثلاً يتحقق امتثاله بكل جزئى من جزئياته ، كالضرب بالعصى والسوط
ضعيفاً وقوياً ومتوسطاً حتى قيل إن الأمر به أمر بكل جزئى أو اذن في كل جزئى .
قلت : لا ريب في عدم دلالة المطلق على إرادة الأفراد ، بل قد يحضر في الذهن
ويكون عنواناً ولا يحضر شيء منها فيه ، والرضا به حينئذ ليس رضا به على اختلافها ،

فلا يجتزى به فيما يعتبر فيه المعلوماتية وعدم الفرر ، بخلاف التكليف التي يراد فيها نفس المطلق ، والفرد إنما هو مقدمة ، ولا مدخلة للفرر والمعلوماتية في شيء منها .

نعم قد يناقش في أصل اعتبار المعلوماتية التي لا يجتزى فيها نحو المطلق هنا ، ثم إنه لا يخفى عليك أن ما ذكره الفارق لا يقتضى عدم جواز المطلق ، بل أقصاه الاقتصار على الأفراد المتساوية في مقدار الضرر ، دون المتوسطة والشديدة ، اللهم إلا أن يدعى مجهولية ذلك فيبطل حينئذ من هذه الجهة ، والله العالم .

﴿ ر ﴾ كيف كان ف ﴿ إن عين ﴾ رب الأرض ﴿ الزرع ﴾ على العامل شخصاً أو نوعاً ﴿ لم يجز ﴾ له ﴿ التعدي ﴾ إلى الآخر قطعاً ، لعدم الوفاء بالعقد والشرط ﴿ و ﴾ حينئذ ف ﴿ أو زرع ما هو أضر ﴾ والحال هذه كان لما لكها أجرة المثل إن شاء ﴿ فسخ العقد بالخيار الحاصل له بعدم الوفاء بالشرط كالبيع والاجارة ﴾ أو المسمتي ﴿ إن شاء لزومه ﴾ مع الأرض ﴿ للنقص الحاصل في الأرض بسبب زرع الأضر ﴾ فيها ، كما صرح بذلك كله الفاضل .

لكن أشكله ثامى المحققين والشهيدان وأتباعهما بأن الحصّة المسماة إنما وقعت في مقابلة زرع المعين ، ولم يحصل ، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الاذن ، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصّة ، فوجوب أجرة المثل حينئذ أقوى .

قلت كان ذلك منهم بناء على تشخيص المزارعة بما وقع من التعيين ولو على جهة الإشتراط ، ولاريب في فساد على التقدير المزبور ، بل قد يقال : بعدم تشخيصها بذلك مطلقاً ، وإن كل ما وقع فيها منه ليس إلا على جهة الشرطية ، فإن حقيقة المزارعة ليست إلا زرع الأرض بحصّة من حاصلها ، كائناً ما كان الحاصل ، وإنما يذكر التعيين من الشرائط ، لا أنه متوَع للمزارعة ، فليس هو حينئذ إلا كذكر المكان في المضاربة التي قد عرفت ضمانه للمال مع بقاء المالك على حصته لو تعدى وخرج إلى غير ذلك المكان .

إلا أن الشرط لما كان في عقد لازم ، وقد عرفت في كتاب البيع اقتضاء عدم

الوفاء به الخيار لمن له الشرط ، أتجه حينئذ ما ذكره المصنف والفاضل ، فله الفسخ والمطالبة بأجرة المثل ، وعدمه فله المسمى من الزرع المخصوص الداخل في كلتي المزارعة ، وله الأرض عوض النقصان الحاصل بسببه ، لعدم الإذن فيه بالمخصوص ومن هنا يتجده عدم انفساخ المزارعة حينئذ بتعذر المعين ، خصوصاً إذا كان شخصاً . كما أنه مما ذكرنا قد يظهر الوجه أيضاً في قوله ﴿ولو كان﴾ قد زرع ﴿اللا﴾ قل ضرراً جازي بتقريب أن المراد من التعيين مقدار الإذن في الانتفاع بالأرض فهو كالاجارة بالنسبة إلى ذلك .

لكنه أشكله نائي المحققين والشهيدان أيضاً بأن غرض المالك ليس منه حصراً فيما يتعلق بمصلحة الأرض ، بل المقصد الذاتي له إنما هو الانتفاع بالزرع ، ومصلحة الأرض تابعة لا مقصودة بالذات ، ولا شك أن الأغراض تختلف في أنواع المزروع ، فربما كان غرضه بالاشد ضرراً من حيث نفعه ، والحاجة إليه وإن حصل للأرض ضرر ، ولا يتعلق غرضه بالاخف وإن انتفعت الأرض به ، ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأساً لم يكن ذلك كافياً في جواز ترك المزارع العمل ، نظراً إلى مصلحة الأرض فالأقوى عدم التعدي لما عين مطلقاً ، نعم مثل هذا يجري في اجارة الأرض لزرع نوع معين ، فإن عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخف ضرراً منه متجه ، لأن الغرض في الاجارة للمالك تحصيل الأجرة ، وهي حاصلة على التقديرين ويبقى معه زيادة تخفيف الضرر عن أرضه ، وأولى منه لو ترك الزرع طول المدّة ، فإنه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الأرض ، لحصول مطلوبه ، وهو الأجرة ، بخلاف المزارعة ، فإن مطلوبه الحصّة من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره ولا يتناوله بوجه .

قلت : ولعله كان لذا خيرة الفاضل هنا بين الفسخ وأخذه أجرة المثل ، وأخذه المسمى نعوماً سمعته في زرع الأضر إلا أنه لأرشدنا لعدم النقص ، لكن الجماعة أيضاً أشكلوا بما عرفت ، من عدم الوجه لأخذ المسمى من الزرع الذي لم يدخل في عقد المزارعة ، وجوابه ما علمت ، بل لعل ظاهر المصنف عدم الخيار أيضاً .

والتحقيق في المسألة أن يقال : إن كان المقصود من التعيين تقدير الإذن في الانتفاع بالأرض ، فلا ريب في صحة ما ذكره المصنف ، خصوصاً في صورة تعذر الأضرار الذي هو المعين ، وإن كان المقصود منه إرادة المعين ، فالأصح ما ذكره الفاضل خصوصاً في صورة التعذر لما سمعته سابقاً من ثبوت الخيار بنحو ذلك من الشرائط ، وكذا مع اشتباه الحال ، ولعل غرض المصنف الأول ، ضرورة كونه في بيان الإذن في زرع ما يراد زرعه في صورة الإطلاق والتعيين فتأمل جيداً ، فإن المسألة غير محررة في كلامهم حتى مسألة الإجارة التي ذكرها المعترض ، ضرورة إمكان القول بلزوم المنفعة المخصوصة ، وعدم جواز الأخف منها ، خصوصاً على ما عساه الظاهر من كلامهم من كون ذلك مشخصاً للإجارة و الفرق واضح بين الانتفاع بالأخف الذي لم تحصل الإذن فيه ، وبين عدم الانتفاع أصلاً ، فإن ذلك ليس تصرفاً فيها بغير إذن المالك ، بخلاف الأول الذي يتجه عليه أجرة المثل ، بناء على ما ذكره ، كما أن المتجه بناء على ما ذكرناه مع فرض عدم إرادة التقدير بذلك الخيار ، فله الفسخ والرجوع بأجرة المثل والإمضاء والاقتصار على المسمى .

ولو زارع عليها أو أجرها للزراعة ولا ماء لها ﴿ فعلاً ﴾ مع علم المزارع لم يتخير ﴿ لا إقدامه على ذلك ﴾ و ﴿ أما ﴾ مع الجهالة ﴿ فله الفسخ ﴾ لتضرره بانتظار الإتيان بالماء لها بحقر بئر أو غيره ، مع احتمال عدم كفايته لها ، وقد تقدم لك تحقيق المسألة في ذلك ، وأنه قد جزم جماعة منهم الشهيد الثاني بالبطلان ، لفقد الشرط الذي هو إمكان الانتفاع بها بالزرع ، من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل ، لا التخيير المزبور الذي هو فرع الصحة ، بل لعل الحكم بالشرط المزبور ألغى التخيير المذكور من المتدافع .

لكن في المسالك هنا بعد أن ذكر ذلك قال : « ربما تكلف للججمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ما يمكن الزرع والسقي به ، لكنه غير معتاد من جهة المالك بل يحتاج معه إلى تكلف إجراء ساقية ونحوه ، والمنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقاً ، وهو جيد لو ثبت أن مثل هذا القدر يوجب التخيير ، وأن »

الأطلاق كون الماء معتاداً بلا كلفة ، إلا أن إطلاق كلامهم يأباه فإنهم اقتسروا في الحكم بالجواز على إمكان السقي بالماء من غير تفصيل ، وبالتخيير على عدم الإمكان ، وأيضاً فإن أحداث النهر والساقية وبحوهما لازم للمالك ، سواء كان معتاداً أو لا كما سيأتي التنبيه عليه ولا فرق حينئذ بين كون الماء معتاداً وغيره في عدم الكلفة على الزارع ، والأقوى عدم الصحة هنا عملاً بهذا الإطلاق ومثله ما لو استأجرها للزراعة . قلت : لعل التأمّل في كلام الفاضلين واتفاقهما على القطع بالصحة في صورة العلم بلا تخيير ، وإنما اختلفا في صورة الجهل ، ففي الإرشاد البطلان ، وفي المتن والقواعد التخيير ، يقضى بما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا إشكال في الصحة واللزوم مع الإمكان ، بمعنى القابلية فعلاً ولو بأحداث ماء لها .

وأما الأرض المحتملة لتحقيق القابلية بسبب احتمال إيجاد ماء صالح لزراعتها وعدمه ، فلا ريب في أنه يصح عقد المزارعة عليها مع العلم بحالها مراعيّاً له ، وأما مع الجهل فيحتمل التخيير - لما في الإلتظار من الضرر كما في المتن والقواعد ، ولأنه بمنزلة تخلف الوصف في البيع - والبطلان كما في الإرشاد لتعارف القابلية المحققة في الإقدام على أرض المزارعة ، ولعل الأول لا يخلو من قوة .

أويقال إن قول الأصحاب ولما لها أعم من عدم إمكان زرعها ، ضرورة إمكانه بنقل الماء أو تطيبه أو نحو ذلك ، بل الظاهر بقريضة ما ذكره من الشرط احراز إمكان زراعتها ، إلا أنه على ذلك الوجه لا ريب في الصحة واللزوم حينئذ مع العلم ، والتخيير مع الجهل بكون زراعتها على هذا الوجه ، أو البطلان كما سمعته عن الإرشاد ، لما ذكرناه من كون المقصود غيرها للمادة ، هذا كله في المزارعة وفي الأجارة أيضاً إذا كان مورد العقد فيها الزراعة .

﴿أما لو استأجرها مطلقاً ولم يشترط الزراعة لم يفسخ﴾ وإن لم يكن عالماً بحالها ﴿لا إمكان الإلتفاع بها بغير الزرع﴾ الذي لا يشترط في صحة إجارة الأرض إمكانه ضرورة كونه نوعاً من أنواع الإلتفاع ، ولا يشترط في استيجار شيء أن يمكن الإلتفاع به في جميع الوجوه ، بل يكفي إمكان مطلق الإلتفاع حيث تطلق ، وهو هنا

كذلك ، لا يمكن إلاّ ارتفاع بالأرض المذكورة في وضع المتاع وجعلها مراحاً ومستراحاً وغير ذلك ، وإن كان الغالب في الأرض الزراعة ، إلاّ أنّ مطلق الغلبة لا يقيد الإطلاق إلاّ أن تكون على وجه يفهم إرادة ذلك من الإطلاق ، ولو مع انضمام قرائن الأحوال وغيرها ، حينئذ يتجه البطلان ، لا الخيار ، أللهم إلاّ أن يكون الزرع معظم المقصود منها ، والدّاعي إلى استيجارها ، فإنه لا يبعد الخيار حينئذ ، للضرر . وعلى كلّ حال فقد بان لك أنه لا خيار مع إطلاق الإجارة الخالي عمّا يقتضى تقييده **﴿وكذالو﴾** زارع أو **﴿اشترط الزراعة﴾** وجعلها مورداً لعقد إجارة الأرض **﴿و﴾** لكن **﴿كانت في بلاد تسقيها الغيوث عادة﴾** لا إطلاق الادلة وعمومها التي لا فرق فيها بين كون الماء من غيث أو زيادة نهر أو إجراء ساقية أو غير ذلك كما هو واضح . **﴿ولو استأجر للزراعة ما لا ينحسر عنه الماء﴾** وكان جاهلاً بذلك **﴿لم يجوز لعدم العلم بمعمل إلاّ ارتفاع من الأرض﴾** ولو **﴿علم الحال﴾** رضي بذلك **﴿أي المستأجر﴾** قيل **﴿جاز﴾** لكونه حينئذ كاستيجار الأرض التي لا ماء لها للزراعة **﴿و﴾** لكن **﴿لو قيل : بالفرق بينهما فيحكم﴾** بالمنع **﴿هنا﴾** لجهالة الأرض بخلافه هناك **﴿كان حسناً﴾** .

نعم لو فرض علم الأرض سابقاً أو كان الماء صافياً يمكن معرفة الأرض معه ، اتجه حينئذ تساوى المسألتين في الحكم ، بعد فرض إمكان الزرع في المقام بزرع ما لا ينافي انحسار الماء ، أو بعلاج حسر الماء أو غير ذلك ، ضرورة عدم الفرق في عدم استعداد الأرض للزراعة بين كونه من عدم الماء لها ، أو من عدم انحسار الماء عنها فتتجه الصحة بالخيار مع العلم ، وبخيار مع الجهل ، بحوما سمعته في المسألة السابقة ، واحتمال عدم الصحة فيهما - باعتبار عدم استعداد الأرض للزراعة ، فليست من أرض المزارع ، بل ربما كان استيجارها للزراعة أو المزارعة عليها على هذا الحال غير جار على قياس أفعال العقلاء - يدفعه عموم الأدلة وإطلاقها ، وأقصى ما في هذا الحال التسلّط على الخيار مع الجهل ، وكذا احتمال البطلان حال الجهل خاصة ، الذي سمعته من الارشاد في المسألة السابقة ، فإنه لا يزيد بخلاف المعتاد على خلاف

الوصف المسلط على الخيار ، وبذلك كله ظهر لك أن مراد الأصحاب في المسالتين بعد احراز إمكان الزرع الذي صرحوا بشرطيته ، إلا أنه على غير الوجه المعتاد في أرض المزارع ، لأن المراد بما ذكروه من عدم الماء أو عدم انحساره ، الكناية عن عدم إمكان زرعها ، فإن ذلك لا يناسبه الخيار ، ولا التعليل بالجهالة ، كما هو واضح بادنى تأمل مع حسن الظن بهؤلاء الفحول .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ان كان﴾ الماء الذي لا ينحسر ﴿قليلاً﴾ يمكن معه بعض الزرع جازي ولكن يتسلط أيضاً على الخيار مع فرض النقصان في الزرع ، والجهل بحالها ﴿ولو كان الماء ينحسر عنها تدريجاً لم يصح﴾ ، لجهالة وقت الإلتفاع وإن رضى بذلك المستأجر ، ضرورة عدم كفاية الرضا بفاقد شرط الصحة فيها .

لكن في القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر فلو رضى صح ، وفي المسالك وهذا إما يتم فيما يكون كالعيب المنعبر بالرضا والخيار ، لاني الجهالة ، وعلى تقدير إلحاقه به ، نظراً إلى إمكان الإلتفاع في الجملة ، إما يوجب انقطاعه تدريجاً نقصان المنفعة ، فلا وجه للحكم بعدم الصحة ، بل ينبغي تخيير المستأجر مع الجهل ، وحينئذ فما أطلقه المصنف أوضح .

قلت : إن ثبت أن مثل هذا الجهل يقدر في الإجارة ، خصوصاً بعد معلومية انحساره عنها في وقت صلاحية الزرع في الجملة ، والفرض استيجارها مدة تشتمل على ذلك ، وإن لم يتشخص أول وقت الانحسار أو وسط أو آخره ، ولعل العلامة رحمه الله لاحظ ذلك فحكم بالصحة مع الرضا ، أما حكمه بالفساد مع الجهل فلما عرفته غير مرة ، من احتمال انصراف العقد إلى الأرض المستعدة للزرع على الوجه المعتاد ، وإن كان الذي يقوى ثبوت الخيار مع ذلك ، لا الفساد ، لكون المفروض وقوع العقد على الأرض المشخصة ، فتأمل جيداً .

ثم لا يخفى عليك جريان هذه الأحكام في المزارعة على الأرض المذكورة ، فكان ذكرها في بابها أولى من استطراد حكم الاجنبي أو التعميم ، وربما قيل في هاتين المسالتين : بأن المنع مخصوص بالأجارة أما المزارعة عليها فجائزة ، والفرق ابتداء

الاجارة على المملوكة في الأجرة فلا بد من العلم بمقدار مقابلها من المنفعة ، بخلاف المزارعة التي كان العوض فيها الحصّة المجهولة فيتسامح فيما يقابلها من المنفعة بما لا يتسامح بمثله في غيرها ، إلا أن ظاهر الأصحاب خلافه ، وأنه لا فرق بين المزارعة والاجارة للزرع في ذلك ، واغتفار الجهل في الحصّة في المزارعة التي شرّعت على ذلك ، لا يقتضى اغتفار الجهل من جهة أخرى والله العالم .

﴿ولو شرط الفرس والزرع﴾ في استيجاره الأرض ولم يفهم من ذلك التخصيف ﴿افتقر إلى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضرريهما ، وكذا لو استاجر لزعين أو غرسين مختلفي الضرر﴾ للفرق الحاصل من الإطلاق الذي هو بالنسبة إلى ذلك كالمجمل ، فيمكن الإقتصار معه في الأخص على مسماه .

لكن في المسالك هنا هذا كله إذا استاجر لهما مطلقاً ، أما لو استاجرهما لينتفع بها منها صح أو تخير ، لأن ذلك تعميم في الأفراد ، وقدم على الرضا بالأرض .

وفيه : أنه مناف لما ذكره سابقاً - عند قول المصنف « وإذا أطلق المزارعة وزرع ما شاء » - « من أن المطلق كالعام بالنسبة إلى ذلك ، فيصح جعله العنوان في المزارعة والاجارة ، ويكتفى بدلالته من حيث صلاحية كل فرد لتحقيقه على الإذن لكل فرد من الأفراد إن تفاوت في الضرر ، إن ذلك منه رضا بالأرض » ، وإن كان التحقيق خلافه وأنه لا دلالة في المطلق على ذلك ، وليس هو جهة تعيين يكتفى به في ذلك ، بخلاف التعميم ، فإنه جهة تعيين لها ولو بالعمومية ، ضرورة كون العموم من عوارضها ، بخلاف الإطلاق ، فإنه شيء خارج عن الأفراد ، ولا تحضر في الذهن بحضوره .

نعم بناء على جواز جعله عنواناً في المزارعة مثلاً يجب الإقتصار في زرع الأفراد المتساوية في مقدار الضرر ، ولا يجوز زرع الأرض ، فإنه لا دلالة فيه على الإذن به ، وإن كان هو فرداً للمطلق أيضاً ، ولعله لذا اعتبر هنا التعميم عند ذكر الزرع والغرسين المختلفين في الضرر ، واكتفى بالإطلاق هناك ، وأنه فرق بين المزارعة والاجارة ، ولو فرض عدم تساوي أفراد الزرع أجمع وعدم معرفة الأقل ضرراً منها ، اتجه حينئذ عدم الاجتزاء في الإطلاق .

وبالجمله فرق واضح بين المطلق والعام ، كما أن من الواضح هنا البطلان في المقام إلا مع فرض السياق التنصيف والله العالم .

﴿ تفريع ﴾

﴿ لو استأجر أرضاً مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالباً ﴾ صح ما لم يكن سفها ، لا إطلاق الأدلة وعمومها بل ﴿ قيل : يجب على المالك إبقاؤه ﴾ بالأجرة ﴿ أو إزالته مع الأرض ﴾ لأن المستأجر غير متعد بالزرع ، إذ الفرض كونه مالكا للمنفعة تلك المدة ، فله الزرع ، وذلك موجب على المالك ذلك ، لمفهوم قوله عنه ^(١) « ليس لعرق ظالم حق » الذي حكى عن فخر المحققين إجماع الأصوليين عليه في هذا الحديث ، وإن اختلفوا في دلالة مفهوم الوصف في غيره ، وحينئذ وجب الجمع بين الحقيين ، وهو إنما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذي يمكن دعوى ترجيح حقه على الآخر ، فلذلك استأثر بالتخيير المزبور .

﴿ وقيل : له إزالته كما لو غرس بعد المدة ﴾ فلا أرض له ، لأنه دخل على أن لاحق له بعد المدة ، إذ منفعة المدة هي المبذولة في مقابلة العوض ، فلا يستحق بالإجارة شيئاً ، ﴿ و ﴾ هو الأقوى عند ثنائي الشهيدين لا ﴿ الاول ﴾ الذي هو أشبه عند المصنف ، قال : « وعدم تعدى المستأجر بزرعه في المدة لا يوجب له حقاً بعدها ، مع استناد التقصير إليه ، والمفهوم ضعيف ، ودعوى الإجماع هنا على العمل به لم تثبت ، وعلى تقدير صحته يمنع من كونه بعد المدة غير ظالم ، لانه واضع عرقه في أرض لاحق له فيها ، والزام المالك بأخذ الاجرة أو الارش على خلاف الأصل ، فلا يصار إليه بمثل ذلك » .

قلت : لكن قد يقال بعدم معلومية فساد دعوى الإجماع المزبور - بل هو

(١) المستدرک ج - ٣ - ص ١٢٩ .

قد عمل به فيما لو استأجر للزرع مدة يدرك فيها غالباً ، لكن اتفق عدم إدراكه فيها لا لتقصيره ، بل لكثرة الامطار أو تغير الاهوية أو غيره ، فأوجب الجمع بين الحقيين بالابقاء بالاجرة - إن الظاهر من الخبر ثبوت الحق لمن كان له أصل وضع عرقه بحق ، وانتهاء الحق من حيث الاجارة لا ينافي ثبوته من الخبر المزبور ، بل إن لم يكن إجماع لا يمكن ظهوره في استحقاق الابقاء على وجه يجب على المالك إجابته من دفع الاجرة ، وليس له القلع حينئذ وإن بذل الارش ، إلا أن الظاهر كون التخيير المزبور بيد المالك وربما زاد بعضهم في وجوه التخيير دفع قيمة الغرس ليملكه ، إلا أنه كما ترى ، وإن كان في بعض الاخبار نوع شهادة له والله العالم .

﴿ وأما احكامه فتشتمل على مسائل ﴾ .

الاولى: اذا كان من احدهما الارض حسب ، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل صح بلفظ المزارعة ، وكذا لو كان من احدهما الارض والبذر ، ومن الآخر العمل ، او كان من احدهما الارض والعمل ، ومن الآخر البذر ، وبالجمله جميع الصور المتصورة في هذه الاربعة كلاً او بعضاً بين المزارع والمزارع جائزة ﴿ نظراً الى ﴾ العموم و ﴿ الاطلاق ﴾ ات بلا خلاف اجده في شيء منها عندنا ، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه .

نعم في القواعد في صحة كون البذر من ثالث نظر ، وكذا لو كان البذر من ثالث ، والعوامل من رابع ، وفي المسالك وجامع المقاصد ينشأ من عموم الامر بالوفاء بالعقود ، والكون مع الشرط ، ومن توقف المعاملة سيما التي هي على خلاف الاصل على التوقيف من الشارع ، ولم يثبت منه مثل ذلك ، والاصح في المزارعة قصة خيبر^(١) ومزارعة النبي ﷺ اليهود على أن يزرعوها ، ولهم شطر ما يخرج منها ، وله شطره الآخر وليس فيها أن المعاملة مع أكثر من واحد ، وكذلك باقي النصوص التي وردت من طرفنا ، ولأن العقد يتم باثنين ، موجب وهو صاحب الأرض ، وقابل ،

(١) الوسائل الباب - ٨ - ٩ - ١٠ - من ابواب احكام المزارعة والمساقاة .

فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه ، ويحتاج إثباته إلى دليل ، بل في الأول منهما :
الأجود عدم الصحة .

وأكرر عليه في الحقائق حاكياً له عن الاردبيلي أيضاً بمنافاة ذلك لا إطلاق
الادلة ، ولما يفهم من خبر قصة خيبر ، وأن اليهود كانوا كثيرين ، وقد زارعهم النبي
ﷺ ، ولما هو معلوم جوازه في باقى العقود من تعدد الموجبين والقابلين إلا أن
الجميع كما ترى ، ضرورة عدم تناول الإطلاق لما هو المفروض الذى هو تركب العقد
من ثلاثة أواربعة على وجه تكون أركاناً له ، وأن المزارعة حينئذ مركبة من مالك
أرض ، ومن ذى عمل ، ومن ذى عوامل ، ومن ذى بذر ، فانه لم يعمد فى شيء من
العقود كذلك ، لأن المراد عدم صحة وقوع المزارعة من أكثر من اثنين ، بمعنى
عدم جوازها من الشركاء فى أرض مثلاً أو عدم جوازها لجماعة على وجه الشركة فى
عمل الزراعة ، فان ذلك لا يتصور منعه بمن له أدنى دربة ، بل يمكن القطع به من
ملاحظه نصوص^(١) الأكرة والعلوج وغيرهما ، وقصة خيبر إنما هو من ذلك لامن
محلّ الفرض الذى لا دليل على جوازه .

بل قد يستفاد من قول الصادق عليه السلام فى خبر أبي الربيع الشامي^(٢) وغيره
المفروض فيه التسمية للبذر ثلثاً وللبقر ثلثاً « لا ينبغي أن يسمّى بذراً ولا بقرأ ،
ولكن يقول لصاحب الأرض : أزرع أرضك ، ولك منها كذا وكذا نصفاً أو ثلثاً ، أو
ما كان من شرط ولا يسمّى بذراً ولا بقرأ ، فإما يحرم الكلام ، عدم جواز ذلك وإلا
كان ما فى هذه النصوص ساقطاً ، إذ لم أرَ أحداً أفتى بمضمونها سوى ما يحكى عن
ابن الجنيد قال : « ولا بأس باشتراك العمال بأموالهم وأبدانهم فى مزارعة الأرض
وإجارتها إذا كان على كل واحد قسط من المؤنة ، وله جزء من الغلة ، ولا يقول
أحدهم ثلث للبذر ، وثلث للبقر ، وثلث للعمل ، لأن صاحب البذر يرجع إليه بذره
وثلث الغلة من الجنس ، وهذا ربا ، فإن جعل البذر ديناً جاز ذلك » .

(١) الوسائل الباب ١٢ و ١٢ من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة .

(٢) الوسائل الباب ٨ - ٨ - من أبواب أحكام المزارعة و المساقاة الحديث - ١٠ .

وعن ابن البرّاج لا يجوز أن يجعل للبذر ثلثاً ، وللبقر ثلثاً ، ويمكن إرادتهما أيضاً ما ذكرناه ، لكن في المختلف بعد أن ذكر النصوص المشتملة على ذلك « والوجه الكراهة ولا ربا هنا ، إذ الرّبا إنما يثبت في البيع خاصة » .

قلت : ينافي الكراهة التعليل في النصوص بأنه « إنما يحرم الكلام » المراد منه بحسب الظاهر الحرمة والفساد مع هذه التسمية والتوزيع ، بخلاف ما لو جعل الحصّة في مقابلة الزراعة ، وإن كانت هي في الواقع ملحوظة في مقابلة ذلك كما هو واضح ، وليس المراد الربا حقيقة ، بل المراد صورته أو في خصوص ما لو جعله قرضاً مشتركاً ذلك ، وإلا فلا ربا قطعاً في ثلث البقر مثلاً كما هو واضح .

ومن الغريب ما في حواشي المجلسي من أن قوله « للبذر ثلثاً » إلى آخر يحتمل وجهين أحدهما : إنّ اللام للتمليك ، فالنهي لكونهما غير قابلين للملك ، وثانيهما : أن يكون المعنى ثلث بإزاء البذر ، وثلث بإزاء البقر ، فالنهي لثابته الربا في البذر .

إذ هو كما ترى ولا ريب في أن الأولى حمل هذه النصوص على إرادة عدم جواز توزيع المزارعة ، وإما شرعيتها جعل الحصّة على عمل الزرع ، بل مقتضى ذلك عدم جواز بعض الصور التي قد سمعت أنها مجمع عليها ، كتحقّق المزارعة بدفع بقرة أو بعضها أو البذر أو بعضه ، إلا أن الأجماع أخرجنا عن ذلك .

وأما ما في أيدي الناس الآن من اشتراك المالك والفلاح وصاحب البذر أثلاثاً فقد يقال إنها بعقدين لا عقد واحد ، بمعنى أن المزارعة تكون بين صاحب الأرض والبذر ، ثم صاحب البذر الذي هو المزارع يزارع الفلاح على النصف من حصته مثلاً أو تكون بين صاحب الأرض والفلاح ، ثم هو يزارع صاحب البذر بالنصف من حصته مثلاً ، لما ستعرف من أن للمزارع أن يزارع ، وإلا كانت محل اشكال ، أللهم إلا أن يجعل مثلاً ذلك سيرة كاشفة عن جواز مثل ذلك .

لكن لا ريب في أن الأحوط خلافه ، بل لعلّ الأحوط عدم الاكتفاء في تحقّق المزارعة ، بدفع بعض العوامل ، كما يستعمله أهل القرى من إعطاء الدابة بالسدس

أو أقل أو أكثر .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ لو كان ﴿ العقد على النحو المزبور بين الإثنين ﴾ بلفظ الإجارة لم يصح ، لجهالة العوض ﴿ الذي هو الثلث والرابع ، ولا يجوز مثله في الإجارة كما ستعرف بخلاف المزارعة .

﴿ أمّا لو آجره بمال معلوم مضمون في الذمة أو معين ﴾ موجود ﴿ من غيرها ﴾ أو منها ﴿ جاز ﴾ ولو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها ، كما عرفت الكلام في ذلك مفصلاً ، بل قد عرفت أن الأصح عندنا جواز ذلك مزارعة وإن كان بلفظ الإجارة بناء على جواز العقد بالمجاز الدال على المراد في العقود اللازمة والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : إذا تنازعا ﴾ أي المزارع ورب الأرض ﴿ في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ﴾ سواء كان العامل أو المالك ، لأصالة عدم استحقاقها لمدعيها ﴿ وكذا لو اختلفا في قدر الحصة ﴾ فادعى المالك قلتها ، وادعى العامل زيادتها ﴿ فالقول قول صاحب البذر ﴾ وإن كان هو مدعي الزيادة لأصالة تبعية النماء بلا خلاف أجده في شيء من الحكمين ، لما عرفت ، ولأن مدعى الزيادة فيهما لو ترك المنازعة لترك ، فيكون مدعيها بهذا المعنى أيضاً .

لكن في جامع المقاصد « لو لا الإجماع لأمكن أن يقال : إن اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مدة وحصة نقل عن الأصل المذكور ، وكل منهما مدعى شيء ، ومنكر لما يدعيه ، وليس إذا ترك دعوى الزيادة مطلقاً يترك ، فإنه إذا ترك العمل طالبه به ، نعم يجبيء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر ، ويجب التحالف » . وأجاب عنه في المسالك « بأن العقد المتضمن لهما إنما أخرج عن حكم الأصل في أصل المدة ، والحصة أمّا في قدر معين منهما فلا ، فيبقى إنكار الزيادة فيهما بحاله لم يخرج عن حكم الأصل ، والمراد « بمن يترك إذا ترك » في نفس ذلك المدعى وهو هنا المدة الزائدة ، والحصة الزائدة أمّا العمل ، فهو امر خارج عن الدعوى ، فلا اثر للمطالبة به في هذه المنازعة » .

قلت : لا ريب في عدم التحالف في مسألة المدة لو كانت الدعوى في نفس استحقاق الزائد منها ، من دون تعرض في الدعوى ، لسببه ، ضرورة كون إنكارها على مقتضى الأصل .

أمّا لو كانت الدعوى في سبب استحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقداً مشخصاً ووقع النزاع في كيفية تشخيصه ، فقال المالك مثلاً : إنه بمدة قليلة ، وقال العامل : إنه بمدة كثيرة ، فلا ريب في أن المنتجة التحالف ، لكون كل منهما مدعيًا ومنكرًا ودعوى كل منهما مخالفة للأصل ، والقلة والكثرة بالنسبة إلى تشخيصهما العقد ، على حد سواء ، في مخالفة الأصل ، إلا أن ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدعي القلة حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور .

وأمّا الحصّة فالقول فيها قول صاحب البذر ، وإن كانت الدعوى كذلك ، لأصالة تبعية النماء ، اللهم إلا أن يقال : إن التملك هنا لعقد المزارعة المفيد تشريكًا للعامل والمالك في نماء البذر ومنفعة الأرض ، والعمل والعوامل ، سواء كان البذر من المالك أو العامل ، فلا اثر حينئذ لتبعية النماء هنا ، فإنّه يفيد التملك لو لم يكن ثم عقد مزارعة ، أمّا معه فالتملك مستند إليه لا إلى التبعية المزبورة ، حتى بالنسبة إلى صاحبه ، وحينئذ يتجه التحالف لولا ظهور اتفاق الأصحاب ، على أن القول قول صاحبه ، نعم لو فرض خروجه عنهما إتجه التحالف حينئذ لكنه كما ترى ، ضرورة عدم تملك عقد المزارعة ما هو ملك الإنسان نفسه ، إذ النماء جزء من الأصل .

نعم قد يقال : إذا فرض كون الدعوى في تشخيص العقد المتفق على وقوعه بينهما فلا ريب في اقتضاء الأصل ، ففي كل منهما ، وموافقة مدعي القلة إذا كان البذر له لأصالة التبعية لا تقتضى ترجيحه على وجه يكون به منكرًا ، خصوصاً مع إمكان معارضته بأصالة عدم استحقاق منفعة الأرض مثلاً ، بما ادعاء من الحصّة لو كان البذر للعامل الذي يفرض دعواه القلة ، بل لعل صاحب الأرض هو كصاحب اليد بالنسبة إلى ما يكون فيها .

وأما ما ذكره في المسالك في الردّ على المحقّق الثاني في توجيه كونه مدّعياً بأنّه « يترك إذا ترك » فهو في محله ، ضرورة أنّه يترك مطالبتّه بالعمل بالنسبة إلى ما ادّعاء من الزيادة ، لا غيرها من المدّة التي اعترف بثبوتها عليه ، ولو في ضمن الزيادة التي ادّعاها كما هو واضح . هذا كلّ مع قطع النظر عن كلام الأصحاب ، وإلاّ فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت إجماعهم عليه ، بل قد يتكلّف موافقته للقواعد أيضاً بعد التأمل .

وعلى كلّ حال ﴿ فإن أقام كل منهما بيّنة ﴾ على ما ادّعاء ، بني الحكم على تقديم بيّنة الداخل والخارج ، والأقوى الثاني وهو فيما نحن فيه مدّعي الزيادة في المدّة والحصة لو لم يكن له البذر حينئذٍ متى قامت البيّنتان على مقدار الحصة ﴿ قدّمت بيّنة العامل ﴾ مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك .

﴿ وقيل : يرجعان إلى القرعة ﴾ التي هي لكل أمرٍ مشكّل ﴿ و ﴾ لا ريب في أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها ^(١) « البيّنة على المدّعي واليمين على من أنكر » وبها حينئذٍ يرتفع الأشكال الذي هو وصف موضوع حكم القرعة إنّما الكلام في إطلاق المصنّف تقديم قول العامل ، وكذا ما في المختلف قال : « لو اختلفا في الحصة فالقول قول صاحب البذر مع يمينه ، فإن أقام كلّ بيّنة قدّمت بيّنة العامل ، لأنّه الخارج ، ولأنّ القول قول المالك ، فالبيّنة بيّنة العامل ، وقيل : يرجعان إلى القرعة وليس بجيد » ، ويمكن تنزيله على ما إذا كان المالك صاحب البذر ، أو يقال بتقديم بيّنة العامل هنا وإن كان صاحب البذر ، لأنّه وإن كان داخلاً بالنسبة إلى قبول قوله عند عدم البيّنة ، لأصالة التبعية ، لكنّه خارج عند قيام البيّنة ، لكون صاحب الأرض هو ذو اليد على ما فيها ، والأصل عدم خروج منفعتها إلّا بقوله ، فيكون العامل حينئذٍ خارجاً فتأمل جيّداً .

المسألة ﴿ الثالثة : لو اختلفا فقال الزارع : أعرتنيها ، وأنكر المالك ﴾ حلف على نفى العارية ﴿ و ﴾ إن ﴿ ادعى ﴾ مع ذلك ﴿ الحصة أو الاجرة ولا بيّنة له ﴾

فإنه منكر بالنسبة إلى نفي العارية على كل حال ، و حينئذٍ ﴿ فالقول قوله ﴾ أي صاحب الأرض بالنسبة إلى ذلك ﴿ و ﴾ لكن ﴿ تثبت له أجره المثل ﴾ المساوية لما ادعاه أو الأقل منه لا الزائدة على ما ادعاه من الحصّة و الأجرة المسمّاة إلا أنه ﴿ مع يمين الزارع ﴾ على نفيهما ، حيث يحتاج إليه كما لو فرض زيادتهما عن أجره المثل أمّا مع فرض قلتهما عن ذلك ، فلا حاجة إليه ، ضرورة وجوب ذلك عليه بيمين صاحب الأرض على نفي العارية فإنه يثبت له الأقل من أجره المثل ، ومما ادعاه ، لأنه مع فرض زيادة أجره المثل عنه قد اعترف المالك أنه لا يستحقّ أزيد مما ادعاه من الحصّة و الأجرة ، و حينئذٍ يتّجه يمين الزارع على نفيهما مع فرض زيادتهما على ذلك ، أمّا مع المساواة أو القلّة فلا فائدة فيه ، لوجوب تأديته ذلك على كل حال .

نعم لو فرض تعلق غرض مخصوص بكون الأجرة عيناً مشخصة مثلاً أولاً رادة عدم الإعطاء من خصوص الزارع ، اتّجه حينئذٍ يمينه على نفي دعوى المالك ، و الرجوع إلى أجره المثل .

ومن الغريب ما في الحداثق « من كون المتّجه في المسألة ثبوت أجره المثل و إن زادت على دعوى المسمّى ، محتجاً بأن التحالف يسقط الدعوى ويبطلها ، وينزلها منزلة عدم ، فلا يؤخذ المالك باعترافه بالإجارة بالأقل ، إذ هو غلط فاحش ، ضرورة اقتضاء اليمين نفي ما يكون على الحالف ، لا إسقاط مقتضى حكم الإقرار في حق من له اليمين كما هو واضح ، وأفحش منه ما عن الأردبيلي في نظير المسألة من أن القول قول مدعى العارية لاصالة براءة الذمّة ، ولأنّ اليمين على نفي الإجارة و المزارعة يوجب سقوط الأجرة و الحصّة ، و عوضهما الذي هو أجره المثل لذهاب اليمين بما فيها » .

و فيه أن أصل البراءة مقطوع بقاعدة الضمان ، المستفادة من قوله (١) « من

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .

أُتلف^(١) و «على اليد» و نحوهما ، وإلاّ للزم عدم ضمان كلّ متلف ، لكلّ مال شخص بدعوى الهبة ، بل لا يحتاج إلى الدعوى بأصالة البراءة والتزامه واضح الفساد والفرق بين المنفعة والعين أوضح فساداً ، وذهب اليمين بما فيها إنّما هو بالنسبة إلى خصوص ما نفته من الحصّة والاجرة المسمّاة ، لا غيرها كما هو واضح .

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك ضعف ما ﴿و﴾ قيل : ﴿﴾ في أصل المسألة من أنّه ﴿و﴾ تستعمل القرعة ﴿و﴾ لكل أمرٍ مشكل ﴿و﴾ لا إشكال بعد ما عرفت فلا ريب في أن القول ﴿و﴾ الأوّل أشبه ﴿و﴾ بأصول المذهب وقواعده ، بل لم تعرف القائل بالقرعة هنا بالخصوص .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿و﴾ للمزارع تبقية الزرع إلى أوان أخذه ﴿و﴾ بلا خلاف ولا إشكال معتدّ به ﴿و﴾ لانه مأذون فيه ﴿و﴾ باتّفاق منهما ، فيكون له حقّ البقاء ، بناء على العمل بمفهوم قوله ^(٢) «لاحقّ لمرقّ ظالم» بل ليس للمالك المطالبة بالقلع ، إلزاماً له بدعواء الاجارة والمزارعة .

نعم ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلاً ، لعدم ثبوت حقّ له فيه بعد فرض يمينه على نفى المزارعة ، كما أنّه ليس للعامل حقّ الإبقاء بناء على جواز الرجوع بالعارية وإن كانت للزرع ، أخذاً له باتّراد بدعوى العارية كما هو واضح ؛ هذا كلّه مع كون الدعوى على الفرض المزبور .

﴿أمّا لو قال :﴾ المالك في جوابه ﴿و﴾ غصبتيها حلف المالك ﴿و﴾ على نفى العارية ﴿و﴾ وكان له إزالته و المطالبة بأجرة المثل ، وأرض الأرض إن عابت ، وطمّ الحفر إن كان غرساً ﴿و﴾ لكونه حينئذ بحكم الغاصب الذي يترتب عليه ذلك . ولم يكن ثمّ أقرار من المالك يلزم به ، وليس هو من التداعي الأوّل الذي يتوجّه فيه يمين على مدعى العارية ، فما عن التذكرة - من أنّه يحلف العامل على نفى الغصب - في غير محله خصوصاً بعد اعترافه بترتب الاحكام المزبورة التي يكفي فيها عدم تحقق الاذن من

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ من أبواب الاجارة الحديث - ٣ المستدرك ج ٣ ص ١٢٩ .

المالك ، الحاصل بيمينه على نفى العارية التي يدعيها الزارع كما هو واضح .
 المسألة * الرابعة : للمزارع * بالفتح * أن يشارك غيره * في حصته * و
 أن يزارع عليها غيره * بحصته أو أقل منها * ولا يتوقف ذلك * على إذن
 المالك * بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن ظاهر الفنية الإجماع عليه ،
 لانتقال المنفعة اليه بعقد المزارعة^(١) و « الناس مسلطون على أموالهم » .
 نعم ليس له تسليم الأرض إلا بإذن المالك على الوجه الذي تسمعه في كتاب
 الإجارة ، وفي موثق سماعة^(٢) دلالة على ذلك في الجملة « قال سألت عن المزارعة قلت :
 الرجل يبذر في الأرض مائة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره ، فيأتيه رجل فيقول
 له : خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعت في الأرض و نصف نفقتك علي ، و اشركني
 فيه قال : لا بأس ، قلت : وإن كان الذي بذر فيه لم يشتره بثمن ، وإلما هو شيء كان
 عنده ، قال : فليقوّمه قيمة كما يباع يومئذ ، ثم ليأخذ نصف الثمن ، و نصف النفقة
 و يشاركه » .

ولعله لذا اشترط بعضهم فيما حكى عنه في جواز المزارعة والمشاركة كون البذر
 منه ، ليكون تملك الحصّة منوطاً به ، قال : وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة ، حيث
 لا يصح له أن يساقى غيره كما سيأتي ، و لأن البذر إذا كان من صاحب الأرض ،
 فالأصل أن لا يتسلط عليه إلا مالكة ، أو من أذن له ، وهو المزارع ، و استحسنته في
 المسالك في المزارعة ، قال : « أمّا المشاركة فلا . لأن المراد بها أن يبيع بعض حصته
 في الزرع مشاعاً بعوض معلوم ، وهذا لا مانع منه ، لملكه لها فيتسلط على بيعها كيف
 يشاء ، بخلاف ابتداء المزارعة ، إذ لاحق له حينئذ إلا العمل ، و به يستحق الحصّة
 مع احتمال الجواز مطلقاً ، لأن لزوم عقدها اقتضى تسلطه على العمل بنفسه وغيره
 و تملكه للمنفعة و التصرف في البذر بالزرع وإن لم يكن بنفسه ، حيث لا يشترط
 عليه الاختصاص ، فيجوز نقله إلى الغير كما يجوز الاستئابة ، و يضعف بأن البذر

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٤ - الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ١ - .

حينئذٍ ليس ملكاً له، وإنما هو مأذون في التصرف بالزرع فيه، وبه يملك الحصّة وقد يقال: إن هذا كافٍ في جواز مزارعة الغير، لأنّها عبارة عن نقل حقه في ذلك إليه وتسليطه على العمل فيجوز له كما يجوز له التوكيل فيه والاستئابة بغيرها من الوجوه. ثم قال: هذا كله إذا لم يشترط المالك عليه العمل بنفسه، وإلا لم يجز المشاركة ولا المزارعة بحيث يصير العمل كله أو بعضه متعلقاً بغيره، ولا يرد أن ذلك يقتضي منع المالك من التصرف فيما له، فيكون منافياً للمشروع، لأنّ الناس مسلطون على أموالهم، لأنّ ذلك حيث لا يعارضه حق غيره، وإلا لم تتم الكليّة، ضرورة تخلفها في كثير كالراهن والمفلس.

قلت: قد تبع بذلك كله أو أكثره ما في جامع المقاصد، لكن لا يخفى عليك ما في تفسيرهما المشاركة المذكورة في المتن وغيره، خصوصاً بعد قول المصنف وغيره لو شرط المالك الزرع بنفسه لزم، ولم تجز المشاركة إلا بإذنه ضرورة أنه لا معنى لمنعها، بناء على أنّها عبارة عن شراء بعض حصّة العامل بعد ظهورها، وملكه إيّاها، لعدم منافاة ذلك لاشتراط الزرع بنفسه، حتّى لو احتاجت بعد إلى العمل الذي يمكن شراء الحصّة منه، مع المحافظة على البقاء على العمل بنفسه الذي هو في الحقيقة لخصّته وحصّة ربّ الأرض، فليس هو مستحقاً له أجمع، والقرض كون الشركة في حصّته.

ومن هنا أنكر الأردبيلي فيما حكى عنه على التفسير المذكور، وقال: «إنّ ظاهر العبارات أعمّ من ذلك، بل غير ذلك وهو شركة غيره معه بالعمل المشروط له عليه ببعض الحصّة المشروطة له، فكأنّه يرجع إلى المزارعة في البعض، وهو جيّد ولا ينافيه حينئذٍ ذكر المزارعة بعدها المحمول على إرادة عدم شركته معه في العمل، بل يكون المزارع الثامي هو المستقل، ويكون للأول من نفس منفعة الأرض مثلاً. أو يقال: إنّ المراد الشركة معه في العمل ببعض الحصّة بطريق الصلح.

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر أنّه لا وجه للمنع من مزارعة الغير حتّى مع اشتراط الاختصاص في العمل، إذ لا يعتبر في تحقق المزارعة العمل من المزارع كما

عرفته سابقاً ، بل يكفي فيها دفع العوامل أو بعض البذر ، بل يمكن مزارعة الغير على وجه يكون هو الاجير له في العمل .

ولعله لذا اقتصر المصنف على عدم جواز المشاركة مع اشتراط الزرع بنفسه بخلافه في القواعد حيث قال : « وللمزارع أن يشارك غيره ، وأن يزارع عليها غيره وإن لم يأذن المالك » .

نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركة ولا المزارعة ، اللهم إلا أن يريد الاختصاص بالحصّة أيضاً ، لكن في صحّة هذا الشرط حينئذٍ بحث ، لعموم تسلط الناس ، ولما حكى من الاجماع في كتاب البيع على عدم صحّة مثل هذا الشرط ، وقياس ذلك على الراهن والمفلس في غير محله ، وكان الذي أوقع ثاني المحققين ، والشهيدين في التزام ذلك تفسيرهم الشركة هنا بما سمعت ، وفيه ما عرفت ، كما أنه لا يخفى عليك ما في الوسوسة في عدم اعتبار كون البذر منه في جواز المزارعة أيضاً ، ضرورة كون ذلك مقتضى العمومات ، والمنع في المساقاة - إن كان الاجماع أو غيره - لا يقتضي المنع هنا ، بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه ، بل لم نعرف القائل به بالخصوص ، عدا ما في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد من نسبته إلى حميد الدين ، ولا ريب في ضعفه لماعرفته من كفاية عقد المزارعة في تمليك الحصّة من غير حاجة إلى ملك البذر ، كالمزارع الأوّل والخبر الأوّل لادلالة فيه على ذلك بل لعله خارج عما نحن فيه ، بكون المراد منه السؤال عن المزارعة بهذا الوجه ، أي تملك الزرع بالطريق المذكور ، لأن المراد عقد المزارعة ولا أن العامل باعه ما ملكه بالمزارعة فتأمل جيداً .

المسألة الخامسة : خراج الأرض ومؤنتها كآجرتها ونحوها على صاحبها لا صالة براءة ذمّة العامل الذي لم يوجب عليه عقد المزارعة ذلك ونحوه بل في خبر سعيد الكندي ^(١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم ، قال : اعطهم فضل ما بينهما ، قلت : أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم قال : إني لم أظلمهم فزادوا على أرضك » .

(١) الوسائل الباب ١٦ - من ابواب أحكام المزارعة الحديث - ١٠ .

و إن قال في الرياض : « فيه قصور من حيث السند ، ومخالفة في المتن لقاعدة « لا تزر وازرة وزر اخرى » ولذا قال الراوي ماسمعت ، ثم قال : و يستفاد من التعليل انسحاب الحكم في كل موضع يشابه مورده ، كما يتفق كثيراً في بلادنا من الظلم على سكنة الدور بمال يكتب عليها ، فمقتضى الأصل والقاعدة براءة ذمّة أربابها وصرف الغرامة إلى السكنة : فإن المظلوم من ظلم ، ولكن الحال في السند كما ترى ، ولا أجد له جابراً ، فيشكل الحكم به هنا أيضاً » .

قلت : لعل ما في الخبر المزبور من الخراج الذي هو على مالك الأرض ، ضرورة عدم تقديره بقدر فقد يزيد السلطان فيه ، وقد ينقص ، لاختلاف الأزمنة والرجوع به على المالك إنما هو باعتبار أخذ السلطان العوض عنه ، فكأنه قد اشترى من السلطان ذلك ~~✽~~ إلا ان يشترطه على الزارع ~~✽~~ فيلزم حينئذ .

لكن في المسالك « لو شرط عليه الخراج فزاد السلطان فيه زيادة ، فهي على صاحب الأرض ، لأن الشرط لم يتناولها ، ولم تكن معلومة ، فلا يمكن اشتراطها ولو شرطاً ذلك أو بعضه عليها ، أو أخرجه من الأصل والباقي بينهما فهو كما لو شرط المالك زيادة على العامل ، لأنه بمعناه » .

و أشكله بعض الناس بأنه مناف لما يفيد ظاهر جملة من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهالة ، ففي صحيح داود بن سرحان ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل تكون له الأرض يكون عليها خراج معلوم ، وربما زاد وربما نقص فدفعها إلى الرجل على أن يكفيه خراجها ، و يعطيه مائتي درهم في السنة ، قال : لا بأس » .

وفي صحيح يعقوب بن شعيب ^(٢) عنه أيضاً « سألت عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى رجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها ، وما كان من فضل فهو بينهما . قال : لا بأس » .

بل في الحقائق أنه ورد في النصوص ما هو أعظم من ذلك وهو إجارتها أو قبالتها

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

بما عليها من الخراج قل" أوكثر ، قال ابراهيم بن ميمون ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قرية لا بأس من أهل الذمة لا أدرى أصلها لهم أم لا ، غير أنها في أيديهم وعليهم خراج ، فاعتدى عليهم السلطان فطلبوا إلي فاعطوني أرضهم وقريتهم على أن أكفيهم السلطان بما قل" أو أكثر ففضل لي بعد ذلك فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض قال : لا بأس بذلك ، لك ما كان من فضل » .

وفي صحيح أبي بردة بن رجا ^(٢) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدفعون أرضهم إلى رجل فيقولون : كلها وأدّ خراجها قال : لا بأس إذا شاؤوا أن يأخذوها أخذوها » .

وخبر أبي الربيع ^(٣) « قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل يأتي على قرية وقد اعتدى عليهم السلطان فضعفوا عن القيام بخراجها والقرية في أيديهم ، ولا يدرى هي لهم أم لغيرهم فيدفعونها إليه على أن يؤدّي خراجها فيأخذها منهم ، ويؤدّي خراجها و يفضل بعد ذلك شيء كثير قال : لا بأس بذلك إذا كان الشرط عليهم بذلك » .

لكن في الرياض بعد أن ذكر صحيح ابن سرحان قال : « ونحوه غيره ، و في الدلالة ضعف ، فإن غايته نفي البأس الغير الملائم للزوم الذي هو المطلوب ، لا نفيته منه ، فقد يجامع جواز الرجوع ، ويكون المطلوب من نفي البأس حينئذ بيان الجواز مع حصول التراضي ، ألا ترى إلى الصحيح ، أي صحيح أبي بردة ^(٤) قد حكم فيه بنفي البأس عن نحو ذلك ، مع تصريحه بجواز الرجوع ، فظهر أن المراد من نفي البأس حيث يطلق . إنما هو بيان الجواز المطلق لا للزوم ، إلا أن يقال : بأن المقصود من التمسك بنفي البأس إنما هو إثبات الجواز ، دفعاً لما يتوهم من النفي عنه الناشئ من الجهالة ، وحيث ثبت الجواز ثبت للزوم ، حيث يذكر في العقد اللازم عملاً بما دلّ على لزومه ، وهذا هو السرّ في تمسك الأصحاب في القول بلزوم كثير من الشروط

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب احكام المزارعة الحديث - ٢ .

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب احكام المزارعة الحديث - ٣ - ٤ .

(٤) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب احكام المزارعة الحديث - ٣ .

في العقود اللازمة بالنصوص التي غايتها نفي البأس عنها ، لا الحكم بلزومها ، ولكن هذا يتم لو دلت النصوص على نفي البأس عنها وإن ذكرت في العقد اللازم ، وإلا فالتمسك بها لذلك محل اشكال ، إذ المنطوق في نفي البأس حيث يذكر في غير العقود اللازمة هو حصول المراضاة ، والغرر والجهالة لعلهما مغتفران معها فيما عداها ، لجواز الرجوع بعد ظهور الغرر دونها ، لعدم جوازه فيها للزومها ، ولعله لذا نهى عنها ، ونصوص المسألة لعلها من هذا القبيل . إذ لم يذكر فيها وقوع اشتراط ذلك في عقد لازم ، فكيف يستدل بها على الجواز ولو ذكر فيه ، إلا أن يتمسك باطلاق نفي البأس الشامل لصورتي وقوع الشرط في ضمن العقد اللازم وغيره ، إلا أن في الخروج بمثله عن عموم مادل على النهي عن الغرر والجهالة إشكالا .

قلت : لعل الوجه في اطلاق النص والفتوى صحة هذا الشرط أنه من اشتراط كون حق الخراج عليه ، نحو اشتراط حق الزكاة على مشتري الثمرة مع عدم العلم بمقدارها فلا يقدح جهالة ما يؤديه عن ذلك ، اذ ليس هو اشتراط قدر ، بل هو اشتراط حق ، وربما لا يؤدي عنه شيئا ، ومرجهه إلى صيرورة الزارع كالمالك في تعلق هذا الحق به ، الذي لا إشكال في صحة اشتراطه عليه ، ولو مؤكداً ومثل ذلك ليس من الجهالة في شيء كما هو واضح .

ولعله لذا أطلق المصنف وغيره صحة الشرط المزبور مع معلومية كون الخراج قديز يد وينقص ، كما سمعت التصريح به في النص ، واعتبار المعلومية إنما وقع في كلام بعض المتأخرين ، وأنكره عليه بعض من تأخر عنه ، فمن الغريب ما سمعته من فاضل الرياض من التردد في ذلك .

ثم إن المراد بالموثقة على ما استظهره في المسالك ما يتوقف عليه الزرع ، ولا يتعلق بنفس عمله وتنميته كاصلاح النهر والحائط ونصب الأبواب إن احتيج إليها ، وإقامة الدولاب ومالا يتكرر كل سنة ، كما فصلوه في المساقاة ، والمراد بالعمل الذي على الزارع مافيه صلاح الزرع وبقاؤه مما يتكرر كل سنة كالحرث والسقي وآلاتهما وتنقية النهر من الحماة وحفظ الزرع وحصاده ونحو ذلك ، ثم قال : « فكلما هم في

هذا المحلّ قاصر جدّاً، هذا كلّهُ إذالم يشترط ذلك على الزارع ، فان شرط عليه
لزم إذا كان القدر معلوماً ، وكذا لو شرط بعضه معيّنأ أو مشاعاً مع ضبطه .
قلت : لا إشكال في كون المرجع فيما ذكره مع الاطلاق تعارف ما هو على المالك
أو العامل ، وإلا اشكل الحال .

وقد يقال : إنّ المراد بمؤنة الأرض - بقرينة ذكرهم لها مع الخراج -
ما كان مثله من أجره الأرض عوض قبالتها ، وبحو ذلك مما هو سبب في الاستيلاء على
كون الأرض بيده ، إجارة وزراعة وغيرهما ، ولعلّ هذا أقرب عند التأمل والله العالم .
المسألة السادسة : كلّ موضع يحكم فيه ببطلان المزارعة نجب لصاحب الأرض
أجرة المثل * إن كان البذر من العامل الذى يكون منه الحاصل حينئذٍ ، كما أنّه
لصاحبها إن كان البذر منه ، ولكن عليه أجرة مثل العامل والعوامل ، ولو كان البذر
منهما فالحاصل بينهما على النسبة ، ولكلّ منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصّه
على نسبة مال آخر فيه من الحصّة ، فإذا كان البذر بينهما مثلاً ، رجع المالك
بنصف أجرة أرضه ، والعامل بنصف أجرة عمله وعوامله وآلاته .

وعلى هذا قياس باقى الأقسام ، ولو كان البذر من ثالث فالحاصل له ، وعليه
أجرة مثل الزرع وباقى الاعمال وآلاتهما ، بلا خلاف في شيء من ذلك أجده ، كما
اعترف به في الرياض ، ووجهه ما تقدم غير مرّة ، وخصوصاً في قاعدة « ما يضمن بصحيحه
يضمن بفاسده » بل في الرياض هنا « إن اطلاق العبارة كغيرها يقتضى عدم الفرق في
ثبوت الأجرة لمن ليس له البذر على الآخر في مقابلة أرضه أو عمله بين أن يكون
هناك حاصل أم لا . »

وهو كذلك مع فرض شغل الأرض بالبذر ، والعمل من العامل ، أمّا مع فرض
عدم استعمال العامل الأرض ، لاقدام منه على مخالفة عقد المزارعة الذى بان فساده ،
أو لعلمه بالبطلان أو غير ذلك فقد يشكّل ضمانه الأجرة حينئذٍ ، بأصالة براءة الذمة
مع فرض عدم منع المالك منها ، خصوصاً مع علمه بالبطلان ، أللهم إلا أن يفرض
كونها في يده التى هي يد ضمان ، ضرورة عدم الإذن في ذلك ، لفرض انحصارها في العقد

المفروض بطلانه ، فتبقى الأرض حينئذٍ في يده بحكم الغصب .

لكن مع ذلك لا يخلو من نظر وتأمل ، كما أنه لا يخلو إطلاقهم الأجرة الشامل لصورتي علمهما وجهلها ، وعلم أحدهما خاصة - من تأمل ، خصوصاً بعد ما تسمعه منهم في المساقاة من التصريح بعدم الأجرة للمعامل مع العلم ببطلانها ، لكونه حينئذٍ متبرعاً ، والمسألة من واد واحد ، ولولا ذلك لا يمكن توجيه الإطلاق هنا بأنه لاملزمة بين العلم بالبطلان والمجانبة ، بعد فرض كون دفع الأرض والعمل بعنوان تلك المزارعة الباطلة ، فتبقى حينئذٍ على قاعدة « احترام مال المسلم وعمله ، كما صرح به بعضهم في غير المقام ، كالبيع الفاسد والاجارة الفاسدة ، وكذا لا يخلو الإطلاق المزبور من اشكال بعد تقييدهم له في المساقاة بما إذا لم يكن البطلان من اشتراط عدم الحصّة ، وإلا كان متبرعاً ، فان نظيره هنا أيضاً آت ، وإن كان يمكن أن يقال : إن رضاه بعدمها إنما كان بعنوان العقد الذي قد فرض فساده ، فلا إذن حينئذٍ فيبقى تحت القاعدة التي ذكرناها فلاحظ وتأمل .

المسألة (السابعة) : يجوز لصاحب الأرض أن يخرس على الزارع ، والزارع بالخيار . في القبول والرد ، فإن قبل كان استقرار ذلك مشروطاً بالسلامة ، فلو تلف الزرع بأفة سماوية أو أرضية ، لم يكن عليه شيء ^١ كما أوضحنا ذلك كله مع باقي فروع المسألة في بيع الثمار ، فلاحظ وتأمل هذا .

ولكن بقي هنا أمور لم يذكرها المصنف ، منها : ان البذر مع اطلاق المزارعة من العامل أو الهالك ، صرح الفاضل في القواعد بالأوّل ، وعن بعض العامة الثاني ، وظاهر موضع من التذكرة وجوب التعيين .

قلت : لا كلام مع فرض انصراف الإطلاق ، فإنه المتسبب حينئذٍ من غير فرق بين البذر وغيره ، وأما مع عدمه فيحتمل التعيين - وإلا بطل العقد للفرق - . وأن يكون على العامل ، لقوله ^(١) في جواب السؤال عن المزارعة « النفقة منك ، و الأرض لصاحبها » فيكون حينئذٍ كالأصل الشرعي في ذلك .

ومنها أن "الحب" الثابت فى الأرض فى العام الآخر الذى هو غير عام المزارعة إن كان لأحدهما كان النماء له ، وعليه أجرة الأرض إن كان لغير مالكها ، وإن كان من مال المزارعة كان بينهما على حسب النسبة ، ويخصه من الأجرة مقدار نصيبه ، لكن مع فرض كون الحب من الذى هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهل هو كذلك لأنه لا يزول عن الملك بالأعراض ، بل به مع الاستيلاء ، والفرض عدمه إلّا أن صار زرعاً ، والفرض عدم الأعراض عنه فى هذا الحال ، أو أنه يكون لصاحب الأرض ، لأنه من توابعها ونماؤها ، بل لعل كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه وجهان ، إلا أنه جزم فى التذكرة بأنه بينهما على كل حال ، خلافاً لبعض العامة .

ومنها : أن ما جاء فى النصوص هنا من قبالة الأرض بشىء معلوم ، ستين معلومة ، وعليه خراجها وعمارتها أو قبالتها بخراجها وعمارتها ، أو بغير ذلك مما تضمنته أخبار المقام هل هو عقد برأسه ، وإن أفاد فائدة المزارعة والاجارة والصالح فى بعض الموارد ، أو أن المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهودة ولو الصلح وجهان ، أو قولان ، أقواهما الثانى كما أوضحناه فى مسألة الخرس فى بيع الثمار ، لعدم إفراد الأصحاب باباً للقبالة على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفة فى ذلك الزمان ، ولم يتعرضوا لألفاظ هذا العقد ، ولا لشرائطه ولا لأحكامه ولا لموارده ، وذلك كله قرينة على أنهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه ، فالتعبير به حينئذ كالتعبير بالأخذ والتناول وبحوهمما مما يعلم عدم إرادة كونه عقداً برأسه ، ودعوى عدم صلاحية جميع العقود لبعض مواردها ، فيدل على أنها عقد برأسه قد أوضحنا فسادها فى مسألة الخرس من بيع الثمار ، فلاحظ وتأمل .

ومنها : أنه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاة لمستحقها أو فرض بلوغه حد تعلقها إذا قلعه؟ وجهان بل قولان ، لأن ظاهر المحكى عن ابن الجنيد الأول ، وظاهر الفاضل فى المختلف الثانى ، والله العالم هذا كله فى المزارعة .

وأما المساقاة

﴿فهي﴾ جائزة بالإجماع من علمائنا وأكثر العامة، خلافاً لأبي حنيفة وزفر، فأفكرها للجهاالة والغرر، ولاريب في ضعفه، للنصوص المروية من الطرفين في قصة خيبر^(١) وغيرها، بل لعلها من طرقنا متواترة أو مقطوع بمضمونها.

نعم ليس في شيء منها تصريح بلفظ المساقاة، إلا أنها دالة صريحاً أو ظاهراً على مشروعية ﴿معاملة على﴾ سقى ﴿أصول ثابتة﴾ بالثاء المثلثة أو بالنون كالنخل والشجر ﴿بحصة من حاصلها﴾ ولا يعنى بالمساقاة إلا ذلك.

بل أظن بعض الأفاضل في أن تسمية هذه المعاملة بالمساقاة إصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع، بل قال: إنه بعد زمان الصحابة والتابعين، فإن المساقاة في اللغة كما صرح به في القواعد وغيره مفاعلة من السقي، كما يقتضيه اشتقاق الصيغة ولم يذكر أحد من اللغويين ورود المساقاة في اللغة بالمعنى الذي ذكره الفقهاء، ولا وجدنا ذلك في استعمالات العرب، ولو كان ثابتاً لذكره أهل اللغة، كما ذكروا المزارعة وغيرها من الفاظ المعاملات الثابتة في اللغة، ونقلها إلى هذا المعنى في عرف الشارع أو الأئمة عليهم السلام غير ثابت، إذ لا ذكر للمساقاة في الكتاب والسنة، ولا في الأحاديث المروية عن أهل البيت عليهم السلام، ولذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكليني والصدوق باباً للمساقاة، وإنما أوردوا الأحاديث المتعلقة بها في باب المزارعة، والنقل إلى المعنى فرع الاستعمال فيه، فمالم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل، وثبوته عند الفقهاء إنما يقتضي الحقيقة الشرعية على القول بشبوتها لو ثبت استعمال الشارع إتيانها في المعنى المعروف، لا مطلقاً، إذ لا ريب في أن الفقهاء والمتكلمين والأصوليين إصطلاحات كثيرة، ليست بحقائق شرعية فلا يلزم من كون المساقاة حقيقة في هذا المعنى في عرف

(١) الوسائل الباب - ٨ - ٩ - ١٠ من أبواب أحكام المزارعة.

المتشعبة أن تكون حقيقة فيه عند الشارع ، و ذلك ظاهر ، و قولهم سميت بذلك لأن أكثر حاجة أهل الحجاز إلى السقي ، لأنهم يسقون من الآبار لإشعار فيه بتعيين زمان الوضع أصلاً ، لاحتمال تجدد الوضع بعد الشارع بهذه العلة ، ونسبة القول بها إلى الصحابة والتابعين ، ودعوى الإجماع عليها من السلف لا يقتضى تسميتها بالمساقاة عندهم ، لجواز أن يكون المراد أنهم قالوا بصحة المعاملة المسماة عند الفقهاء بهذا الاسم ، وأجمعوا عليها ، وإن وقع التعبير عنها في زمانهم بلفظ آخر ، و ما ذكره الفقهاء - من أن الأيجاب لابد أن يكون بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها وأن أظهر الصيغ في هذا العقد ساقيتك ، أو عقدت معك عقد المساقاة محمول على العقود الواقعة في زمانهم ، أعني زمان النقل ، وليس المراد جواز العقد بلفظ المساقاة ولو في عصر الشارع ، حتى يجب القول بوضعه فيه ، حذراً من لزوم استعمال الألفاظ الغير الصريحة في العقود ، (لا يقال) قول الأصحاب بالمساقاة شرعاً معاملة ، إلى آخره يقتضى كون هذا المعنى هو معنى اللفظ في الشرع ، و كفى بقولهم هذا دليلاً على النقل (لأننا نقول) : قد ذكر الإشكال فيما ذكره الفقهاء من ألفاظ المعاملات من أنها لغة كذا ، و شرعاً كذا ، وأن هذا القول بظاهره لا يستقيم في الأكثر ، وإن بعض المتأخرين حمل التحديدات الشرعية في المعاملات على تحديدها بحسب عرف المتشعبة دون الشارع ، فإن صح ذلك ، وإلا أمكن الحمل على إرادة المعنى الثابت شرعاً ، وإن كان الواضع فيه غير الشارع .

وعلى كل حال فلا ريب في إرادة أحد المعنيين هنا إن لم يتعين ذلك في غيره ، لما عرفت من عدم ورود المساقاة في الكتاب والسنة ولا في أحاديث الأئمة عليهم السلام والحقيقة لا تثبت بدون الاستعمال قطعاً ، واحتمال ثبوت الاستعمال في عصر الشارع أو الأئمة عليهم السلام مع عدم النقل إلينا خلاف الأصل وإن كان هذا كله منه قليل الجدوى بعد فرض عدم وجود لفظ المساقاة عنواناً لحكم في شيء مما وصل إلينا من النصوص ، مضافاً

إلى ما فيه من إمكان المناقشة في جملة مما ذكره ، وإلى ما في صحيح يعقوب بن شعيب^(١) من ضمن الإيجاب بلفظ « اسق » لكن قال : إنه أمر من السقي ، دون المساقاة ، والمراد منه المعنى اللغوي دون العرفي ، وفيه ما عرفت من أنه لا وجه لإنشائية الإيجاب بلفظ الأمر مراداً منه المعنى اللغوي ، بل لابد من ملاحظة المعنى الشرعي فيه ، كما تقدم نظيره في المضاربة ، وإذا جاز العقد بلفظ الأمر في ذلك الزمان ، جاز بلفظ « ساقيتك » بطريق أولى ، بل هو مقتض لوضع مبدأ الاشتقاق بالمعنى المتشرعي ، إذ لا وجه لإرادة معنى من المشتق دون المشتق منه .

ومن ذلك وغيره يظهر عدم انحصار فائدة البحث عن معنى المساقاة في كلام الأصحاب ومعاهد إجماعاتهم ونحو ذلك ، دون استنباط أحكام المساقاة من الخطابات الشرعية كما ذكره الفاضل المزبور ، هذا .

وربما ظهر من كلام بعض أن المزارعة تطلق في الأخبار على ما يشمل المساقاة ، فيمكن استفادة أحكام المساقاة منها ، وفيه : منع كونه حقيقة ، إذ غايته ثبوت الاستعمال الذي هو أعم ، خصوصاً بعد أن كان المفهوم عرفاً من المزارعة المعاملة على الأرض بحصة من حاصلها ، وقد صرح أهل اللغة بأن ذلك هو معنى المزارعة ، وإن أريد الإطلاق ولو على سبيل المجاز فهو مسلم ، لكن يتبع وجود القرينة الصارفة عن إرادة الخصوصية ، ودعوى ثبوتها في جميع موارد استعمال المزارعة في الروايات غير مسلم ، بل مقطوع بفساده .

نعم قد ذكر بعض الفقهاء أن المخابرة المتكررة في الأخبار - من المعاملة مع أهل خيبر قال ابن الأعرابي أهل المخابرة من خيبر ، لأن رسول الله ﷺ كان أقرها في أيدي أهلها على النصف فقيل خابروهم أي عاملهم في خيبر ، وهي بهذا المعنى - تعم المساقاة قطعاً ، لكن فيه إن تفسير المخابرة بذلك ليس بثابت أيضاً ، فإن أبا عبيدة نص على أن المخابرة من الخيبر وهو الأكابر ، وفي الصحيح الخبر

(١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

الآكار، ومنه المخابرة، وهي المزارعة. وعن المصباح المنير خبرت الأرض شققتها للزراعة، فأنا خبير، ومنه المخابرة، وهي المزارعة، وقيل، هي من الخبرة وهي النصيب، وقيل: من الخيار، وهي الأرض اللينة، وقيل: المخابرة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، والبذر من العامل، والمزارعة هي هذه والبذر من المالك، والمشهور أنهما بمعنى واحد، وحينئذٍ فلا يصح الاستدلال بالمخابرة على المساقاة التي قد عرفت فساد دعوى دخولها في مفهوم المزارعة.

وكيف كان فهي معاملة كغيرها من عقود المعاوضات لكنها على أصول لا كالمزارعة التي هي معاملة على زرع بل ينبغي أن تكون أصولاً ثابتة بالثاء المثلثة لا كالخضروات ولا كالودى غير المغروس، ونحو ذلك بل لابد أن تكون أيضاً بحصة مشاعة من ثمرها كالأجارة التي يعتبر فيها أن تكون بأجرة معلومة معينة أو مضمونة.

نعم يراد من الثمرة هنا مطلق ثماء الشجر. فيدخل فيه ما يقصد ورده وورقه، بناء على جواز المساقاة عليه، وإن كان ستسمع تردد المصنف فيه هذا.

ولكن ظاهر المصنف وغيره أن هذه المعاملة بهذه القيود لا تكون إلا مساقاة، وقد يناقش بإمكان دعوى جريان الصلح فيها وقيامه مقامها، بناءً على قبوله لمثل هذا العوض، إلا أنه يسهل الخطب أن المراد من أمثال هذه التعريفات التصوير في الجملة كما ذكرناه غير مرة.

ثم إنّه قد يتوهم من قول المصنف وغيره هنا «معاملة» عدم كونها بمعنى العقد المزبور، بل هي لما يشمل المعاطاة كما عن التذكرة التصريح به، ولكنه ليس كذلك، لذكره نحو ذلك في المزارعة، ولقوله بعد ذلك متصلاً به الأول في العقد.

نعم الكلام في صحة المعاطاة فيها على حسب ما سمعته في البيع بناءً على إلحاقها به ضرورة عدم الفرق بينها وبينه والأجارة وغيرهما، حتى بالنسبة إلى دعوى السيرة القطعية الدالة على مشروعية المعاطاة.

لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد استبعاد جريان المعاطاة في هذا العقد، لما فيه من الضرر وجهالة العوض، بخلاف البيع والأجارة، فينبغي الإقتصار فيه على

موضع اليقين ، إلا أنه كما ترى ، إذا لا شتمال على الفرر ليس قادحاً في جواز المطعاطة بعد قيام الدليل ، كما في المساقاة العقدية . نعم بناء على ما اخترناه من الاباحة في البيع ففي جريانها في المقام ونظائره نظر ، ولعل الجواز لا يخلو من قوة مع فرض قيام السيرة الصالحة لاثبات مثل ذلك .

﴿و﴾ على كل حال فتمام ﴿النظر فيه﴾ أي في هذا الكتاب ﴿يستدعي فصولاً﴾ .

﴿الاول : في العقد﴾

﴿و﴾ لا ريب بل ولا خلاف في صحة ﴿صيغة الإيجاب﴾ لهذا العقد به ﴿أن يقول سافيتك أو عاملتك أو سلمت إليك أو ما أشبهه﴾ في الصراحة في المعنى المزبور ، ولو بضميمة القيود التي ليست قرائن مجاز ، لعدم تعيين الشارع في المساقاة لفظاً بخصوصه . نعم ناقش بعض الناس في مساواة هذه الالفاظ للفظ المساقاة بأن المعاملة والعمل والتسليم أعم منها ، لامساوية لها .

ودفعه : بأن المراد مساواتها لها بعد ذكر المتعلقات والقيود ، وليس هذا من المجاز في شيء إذ المفروض أن الالفاظ مستعملة في معانيها الحقيقية ، وأن الخصوصية مرادة من القيود لامنها .

وإن كان قد يناقش أو لا : بأن إطلاقهم العقد بهذه الالفاظ شامل للعقد بها على الوجهين .

وثانياً : بأنها حال العقد بها لا بد من استعمالها في إنشاء معنى خصوص ذلك العقد منها ، والقيود كلها قرينة على ذلك . وإلا لم يكن وجه لعقد ذلك العقد بها مع استعمالها في المعنى الأعم منها المراد منه الخصوص ، كما هو واضح بأدنى تأمل . و منه يظهر النظر في دعوى الإجماع على عدم جواز استعمال المجاز ، وإن كان صريحاً في عقد العقد اللازم .

وعلى كل حال فقد يظهر من قول المصنف وغيره أو ما أشبهه اعتبار الماضوية في الصيغة هناك كما صرح به ثلثي المحققين والشهيدين ، بل قال الأخير منهما لأوجه لإخراج هذا العقد اللازم من بين نظائره ، وقد نوقش في الاكتفاء في المزارعة بلفظ الأمر مع الاستناد فيها إلى النص ، وهو منتف هنا ، وإن كان فيه ما لا يخفى ، إذ قد عرفت فيما تقدم أن الموجود في النص في المزارعة لفظ المضارع ، وأما لفظ الأمر فهو

في المساقاة في صحيح يعقوب بن شعيب ^(١) وحمله على المقاول السابقة على المعاملة تكلف من غير ضرورة ، ولعله لذا جزم في التذكرة بتحقيق عقد المساقاة بلفظ تعهد نخلي بكذا ، أو أعمل فيه بكذا ، دون المزارعة ، لورود النص " فيها دونها فإن " الاخبار الواردة في المزارعة كما عرفت إنما دلت على الوقوع بصيغة المضارع ، وهو خلاف المقصود ، إلا أنه لما كان قوله أزرع هذه الأرض بكذا صريحاً فيها أيضاً مع معلومية اتحاد أحكام المزارعة والمساقاة أمكن القول به فيها أيضاً ، إلا أنه قطع به في المساقاة لما عرفت بل قواه الفاضل الطباطبائي في مصابيح أيضاً ، قال : « لأن قول القائل اسق هذا النخل ولك نصف الحاصل مثلاً صريح في إنشاء المساقاة ، والقصد إلى إيقاع المعاملة بنفس هذا اللفظ كقوله ساقيتك وعاملتك ، بخلاف مثل قوله : بعني مثل هذا وصالحتني أو آجرتني ، فإن المفهوم من ذلك طلب البيع والصلح والإجارة مثلاً ، دون إنشاء وقوعها ، ومثل ذلك ما لوقال ساقني أو عاملني على هذا النخل ، فإنه لا يقع العقد به ، لأن مقتضاه طلب المساقاة دون وقوعها ، ولا يلزم من وقوع العقد بصيغة الأمر في الجملة وقوعه بكل أمر ، ولأمن الجواز في المساقاة الجواز في كل عقد ، إذ المدار على صراحة الصيغة في إنشاء المعاملة المقصودة ، لأعلى خصوص صيغة معينة ، لعدم الوضع الشرعي ، وانتفاء ما يقتضي التعيين ، فمتى تحققت الصراحة المطلوبة صح العقد وإن كان بغير الماضي ، وإن انتفت كان العقد فاسداً وإن كان بصيغة الماضي ، ألا ترى أن الفقهاء سرحوا في الرهن بجواز مثل « هذا وثيقة » أو رهن مع اشتراطهم الماضوية في العقود ، وليس إلا الصراحة الصيغة في عقد الرهن ، وإن المطلوب في العقود صراحة الألفاظ ، وإنما اعتبرت الماضوية فيها لقرب الماضي من الانشاء ، وبعده عن احتمال الوعد والطلب ، كما في المستقبل والأمر على ما صرح به غير واحد منهم ، فإذا فرض مساواتها للماضي في الصراحة صح فيها كما صح هو أيضاً ، وإن كان لا يخفى عليك ما في هذا الكلام إذا أحطت خبراً بذكرناه في غير موضع من هذا الكتاب من أنه إن لم يكن إجماع جازع عقد جميع العقود لازمها وغيره بجميع ما يدل على ذلك من حقيقة أو مجاز بصيغة الماضي

(١) الوسائل الباب ٩ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

وغيرها ، وتكفي الصراحة الحاصلة من قرائن المجاز ، كالقرائن المشخصة للمشارك المعنوي ، والصراحة في الماضي الحاصلة بالقرينة المخرجة له عن احتمال الخبر ، كالقرائن المخرجة لاحتمال الطلب ، والوعد في الأمر والمضارع ، فإن جميعها عند إرادة العقد بها تخرج عن إرادة الفعلية والزامية منها .

وبذلك يظهر لك ما في دعوى الصراحة في اسق وازرع ، فإن غايتها الصراحة في المعنى اللغوي ، وهو غير معنى العقدية المساوي لحال ساقيت عند إرادته ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، و من الغريب غفلته رحمه الله عن ذلك .

وأغرب منه ما وقع للمحقق الثاني هنا - من أن صيغ العقود اللازمة حيث كانت محتاجة إلى التوقيف من الشارع ، وقد وضع لها الشارع صيغة الماضي لكونها أصرح صيغ الإشاء ، وجب الإقتصار عليها في هذه المعاملة المشتملة على الترخير والجهالة ، عملاً باليقين ، إذ هو كما ترى مجرد دعوى ، خالية عن الدليل ، فإنه ليس في الأدلة الشرعية ما يقتضي الوضع ، بل فيها ما يقضى بخلافه في كثير من المواضع التي منها ما سمعته في المزارعة والرهن وغير ذلك ، وكذا دعوى ثاني الشهيدين من عدم صراحة الأمر في الإشاء . وعدم النص .

وبالجملة كلام الجميع في المقام غير تام ، كما لا يخفى على من تفضل الله عليه في أحكامه بنوع من الإلهام ، بل مما ذكرنا يظهر لك النظر في مواضع آخر لم يذكرها في مصابيح العلامة الطباطبائي وغيرها هذا .

وفي القواعد دلوقال : استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط مدة كذا بنصف حاصله لم يصح ، على إشكال ينشأ من اشتراط العلم بالأجرة إذا قصدت ، أما إذا تجاوز بلفظها عن غيرها فلا ، والظاهر أن مراده الاشكال في عدم صحة هذا القول حال عدم العلم بحال قائله ، من جهة احتمال إرادته المساقاة بلفظ آجرتك ، وحينئذ يكون صحيحاً لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها ، وظاهره حينئذ جواز عقد المساقاة بالمجاز مع قرينة ، وهو مؤيد لما ذكرناه سابقاً .

نعم الأقوى فيه الفساد جلالاً للفظ على حقيقته ، والصحة لأنكون قرينة على إرادة

غيره ، وحينئذ يكون اجارة فاسدة لامساقاة صحيحة ، وبذلك يظهر ما في كلام الكركي حيث قال : « إنه لادلالة لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الاجارة في المساقاة على صحة المساقاة بلفظ الاجارة » ثم احتمل في العبارة معنى آخر ، وهو أن يكون قوله ، ولو قال : استأجرتك مراداً به الاجارة ، وقوله أمّا إذا قصدت شرطاً للمحكم في ذلك بعدم الصحة على إشكال ، وقوله ينشأ من اشتراط العلم بالأجرة ، بياناً لأحد وجهي الإشكال مع ترك الآخر لظهوره ، ومعنى قوله إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا أن الإشكال في عدم الصحة إذا قصد بالاجارة معناها ، فإذا قصد بها التجوز في غيرها وهو المساقاة فلا إشكال في عدم الصحة ، لامتناع المجازات في العقود اللازمة ، فانه كما ترى .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿﴾ هي لازمة كلاجارة ﴿﴾ بلا خلاف أجده فيه عندنا ، بل إجماع علمائنا ، وأكثر العامة على ذلك ، للأسل وموم قوله تعالى ^(١) « اوفوا » خلافاً للمحكي عن أحمد في إحدى الروايتين من القول بالجواز ، قياساً على المضاربة ، ولما روي ^(٢) أن اليهود لما سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعمروها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها ، قال لهم : « نقركم على ذلك ماشئنا » ، ولو كان لازماً لوجب تحديد المدة ، ولم يجز التقدير بالمشيئة والقياس باطل عندنا ، مع أنه ليس بأولى من قياسها على الاجارة كما أومى إليه المصنف ، والرواية غير ثابتة ، ولو صحت فليس فيها ما يدل على التقدير في المشيئة في متن العقد ، فيحمل على المراضاة قبله كما عن التذكرة التصريح به ، أو على اشتراط الخيار في مدتها متى شاء ، والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فلا إشكال كما لا خلاف نصاً وفتوى في أن المساقاة ﴿﴾ تصح قبل ظهور الثمرة ﴿﴾ بل الإجماع بقسميه عليه ، كما أنها لا تصح كذلك بعد ظهورها

(١) سورة المائدة الآية ١ - .

(٢) سنن البيهقي ج ٤ ص ١١٤ .

وكمالها بحيث لم تحتج بعد إلى عمل تزيد به كما أو كيفاً وإن احتاجت إلى عمل كالجذان والنقل والحفظ من السارق ونحو ذلك ، لعدم موضوع شرع المساقاة حينئذٍ ﴿ وهل تصح بعد ظهورها ﴾ مع بقاء عمل كسقى أو حرث وغيرهما مما تزيد به الثمرة كمّاً أو كيفاً ﴿ فيه تردد ﴾ من أصالة الفساد - بعد الشك في تحقق موضوع شرع المساقاة ، لعدم إطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به في تنقيح موردها ، بل قد يشك في تناول ^(١) « أوفوا بالعقود » ^(٢) « وإلا أن تكون تجارة عن تراض » لذلك ، على وجه يقضي بشرعية الفرد المشكوك فيه من العقد المخصوص الذي قد فرض عدم ما يصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع أفراد من عموم أو إطلاق ، ضرورة احتمال إرادة بيان اللزوم خاصة من الآية الأولى في العقود المتعارفة ، كاحتمال إرادة بيان شرعية التجارة المعروفة في الخروج عن أكل المال بالباطل ، لأن المراد بيان شرعية كل عقد وكل تجارة على وجه يشمل المقام ، والإجماع إنما هو على شرعية المساقاة في الجملة ، لا كل ما يصدق عليه ذلك ، وصحيح ابن شبيب ^(٣) وقصة خيبر ^(٤) ظاهران فيما قبل الخروج ومن أن المفروض أولى بالمشروعية من غير الخارج ، لكونه أبعد عن الفرر بالوثوق بالثمره ، ولحصول حكمة مشروعية المساقاة وفائدتها في المفروض .

ولعله لذا ﴿ و ﴾ ﴿ نحوه ﴾ كان ﴿ الاظهر ﴾ عند المصنف وغيره ﴿ الجواز بشرط أن يبقى للعامل عمل وإن قل ﴾ مما تستزاد به الثمرة ﴿ وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الأحاطة بما ذكرناه ، فالأولى والأحوط مع إرادة ذلك الرجوع إلى الصلح أو الإجارة خصوصاً فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمرة إلا أنه لا تحصل به زيادة .

(١) سورة المائدة الآية - ١ .

(٢) سورة النساء الآية - ٢٩ .

(٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

(٤) الوسائل الباب - ٨ - ٩ - ١٠ - من أبواب أحكام المزارعة .

وإن قال في جامع المقاصد : « إن أمكن تحقق هذا الفرض ينبغى القول بالصحة لأنه لم يتحقق تنهاى بلوغ الثمرة ، فتحققت الزيادة ، لأن كمال البلوغ ونهاية الإدراك زيادة فيها .

لكن في المسالك بعد أن فرضه في مثل حفظها من فساد الوحش ونحوه قال : « مقتضى القاعدة عدم الجواز » وهو كذلك بعد الاحاطة بما عرفت مما يشكل معه تحقق المساقاة بعد ظهور الثمرة ، وإن حصل بعمله نفسه تمولها في الكم أو الكيف ، فضلاً عن مثل هذا الفرض والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿لا تبطل﴾ المساقاة ﴿بموت المساقى ولا بموت العامل على الأشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها استصحاب صحة العقد ولزومه كغيره من العقود اللازمة التي قد عرفت ذلك في المزارعة منها ، كما أنك قد عرفت الحكم هناك فيما لو كان اشترط عليه العمل بنفسه مع ظهور الثمرة وبعده ، فلاحظ ، فإن المسألتين من واد واحد ، مع أنه سيأتي بعض ذلك أيضاً في مسألة مالوهر ب العامل ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من البطلان بالموت كالأجارة ، وفيه بعد تسليم ذلك في المقيس عليه أنه غير جائز عندنا .

الفصل الثاني : في ما يساقى عليه

﴿وهو كل أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه﴾ لا نحو البطيخ والبادنجان ونصب السكر والقطن ونحوهما مما هو ملحق بالزرع ، فإن هذه وما شابهها ليست كذلك وإن تعددت اللقطات ، بل وإن بقي القطن أزيد من سنة ، لكن أصول هذه لابقاء لها غالباً ، واضمحلالها معلوم عادة ، ولأدليل على جواز عقد المساقاة عليها ، إذ ليس هو إلا ما وقع من النبي ﷺ في خيبر ^(١) وصحيح يعقوب بن شعيب ^(٢) ولا مهموم

(١) (٢) الوسائل الباب ٩- ١٠- من ابواب احكام المزارعة .

فيها ، سيّما بالنسبة إلى ذلك و^(١) « أوفوا بالعقود » ^(٢) و « إلا أن تكون تجارة عن تراض » لا يثبت بهما شرعية الأفراد المشكوكة من المعاملة المعهودة التي لها أفراد متعارفة ، وإقما المراد من الأول بيان اللزوم ، و من الثاني عدم أكل المال بالباطل إذا كان بالتجارة المتعارفة ، لأن المراد شرعية كل عقد وكل تجارة يقع الاتفاق عليها من المتعاقدين ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، فما عن الشيخ من جواز المساقاة على ما يجرّ مرة بعد أخرى واضح الضعف .

وعلى كل حال ﴿ قد بان لك أنه ﴾ تصح المساقاة على النخل والكرم و﴿ باقى ﴾ شجر الفواكه ﴿ بل ذلك هو الثابت مما وصل إلينا من نصوص مشروعيّتها التي ليست في شيء منها إطلاق يقتضى شرعية كل فرد منها ، وقياسها على المزارعة ﴾ استنباط حكمها منه لا يخفى عليك مافيه خصوصاً بعد الإحاطة بما ذكرنا . نعم ﴿ فيما لا ثمرة له ﴾ من الأشجار ﴿ إذا كان له ورق ينتفع به كالتوت ﴾ بالتاء المثناة ﴿ والحناء على تردد ﴾ من كونها من الأشجار ، و غلبة الظن بوجوده في خيبر ، بل في جامع المقاصد كاد يكون معلوماً ، و مساواة الورق لغيره في كونه ثمرة ، وفي بعض الاخبار ^(٣) « أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر » وما من أدوات العموم - ومما عرفت من أن هذه المعاملة على خلاف الأصل ، وفيها من الفرر مالم يس في غيرها ، فالمتّجه الإقتصار فيها على المتيقن ، خصوصاً بعد ما عرفت من عدم الإطلاق .

ولوقيل بالتفصيل بين المساقاة على هذه تبعاً لغيرها من أشجار الفواكه فيجوز ومستقلة فلا يجوز ، لكان وجهاً ، كالتفصيل في التوت بين كونه في بلاد يكون ورقه ثمرة ، و غيرها ، فيجوز في الأول دون الثاني كما في بلادنا الآن ، والمراد منه الذكر لا

(١) سورة المائدة الآية - ١ .

(٢) سورة النساء الآية - ٢٩ .

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٢ .

الائتمى الذى له ثمر معلوم والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرناه أنه ﴿لوساقى على ودي﴾ أي غير المغروس من فسيل النخل أو الصغار ﴿أو﴾ على ﴿شجر غير ثابت لم يصح﴾ بخلاف أجده فيه بيننا ﴿اقتصاراً﴾ في المعاملة المخالفة للأصول ﴿على موضع الوفاق﴾ وعلى الثابت من النصوص التي قد عرفت ﴿أما لوساقاء على ودي﴾ مغروس إلى مدة يحمل مثله فيها غالباً صحّ وإن لم يحمل فيها ﴿ قيل : لأن مبنى المساقاة على تجويز ظهور الثمرة ، وظنه بحسب العادة ، فإذا حصل المقتضى صحّ ، وإن تخلف كمالو ساقاء على الشجر الكثير وافق عدم ثمره ، بل لأجرة له على عمله ، لأنه أقدم على ذلك ، بل في المسالك دانه يجب عليه اتمام العمل في باقى المدة ، وإن علم بالانقطاع قبلها ، ومثله ما لو تلفت الثمار كلها أو أكلها الجراد أو غصبها غاصب ، فإنه في جميع ذلك يجب على العامل إكمال العمل ، ولأجرة له وإن تضرر ، كما يجب على عامل القراض اضماع المال وإن ظهر الخسران ، بل هنا أقوى ، للزوم العقد وجوب العمل ، واحتمل في التذكرة انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسرها ، واستشكل الحكم في القراض ، فارقاً بينهما بأنّ المباشر للبيع والشراء في القراض العامل ، فكان عليه اضماع المال ، بخلاف عامل المساقاة ، ويندفع بأنّ المساقاة عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف العوض ، بخلاف القراض فإنّ داوجب على عامل القراض مع جوازه ، وكون تغييره للمال باذن المالك ، فهنا أولى . ويمكن أن يقال : إنّ تلف الثمرة هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضى للبطلان في البيع ونحوه وفيه نظر .

قلت : لا ريب في أنّ الموافق للصواب الشرعية لا يفسخ بعدم خروج الثمرة ، لاعتبار العوض في هذه المعاملة ، وقد انكشف عدمه ، وجواز الإقدام ظاهراً اعتماداً على المعتاد لا يقتضى الصحة ، فضلاً عن اللزوم بعد الانكشاف ، وليس العوض فيها الثمرة من حيث كونها مظنونة ، بل العوض فيها الحصّة من الثمرة واقعاً ، وعدم بطلان البيع في بعض الصور الخاصة بعدم خروج الثمرة مع القول به بدليل خاص ، كالتعليق في بعض

النصوص ^(١) بأنه إن لم يخرج في هذه السنة يخرج في السنة الأخرى وغيره، بل قد يقال: بالبطلان بالتلف السماوي لها بعد الظهور قبل الإدراك، بناء على أن العوض الثمرة مدركة، وبالجمله لا ينكر أصالة ذلك في عقود المعاوضة التي من المعلوم عدم كون القراض منها، وإن كان هو شبه المعاوضة في المعنى مع حصول الربح، لأنه عقد معاوضة قد لوحظ فيه معنى التماوض والمقابلة، ولعله لذا احتمل في التذكرة ما سمعت، بل في جامع المقاصد - في فرع ذكره في أثناء مسألة مالوظهر استحقاق الأصول - والعزم بعدم وجوب إكمال تمام العمل عليه تمام المدة مع عدم خروج الثمرة، إنما الكلام في أنه انفساخ من حينه أو انكشاف وجهان: ولعل أولهما هو الظاهر من الحكم بالصحة في المتن وغيره من كتب الأصحاب، مع احتمال إرادة الحكم بها ظاهراً.

وعلى كل حال فالظاهر عدم استحقاقه الاجرة، لا إقدامه على نحو ذلك اقدام عامل القراض، مع احتمال الأجرة على الثاني هذا كله فيما يحمل مثله عادة.

﴿و﴾ أما ﴿إن قصرت المدة المشترطة عن ذلك غالباً﴾ عادة ﴿أو كان الاحتمال على السواء لم يصح﴾ لأصالة الفساد، بعد ما عرفت من عدم إطلاق أو عموم يقتضي الصحة في نحو الفرض، حتى لو اتفق حصول الثمرة فيها في تلك المدة على خلاف العادة مع فقد الوثوق بالحصول.

نعم لا إشكال في الصحة فيما لو ساقاه مثلاً عشرين، وكانت الثمرة لا تتوقع في العادة إلا في العاشرة، لصيرورة الثمرة حينئذٍ فيها مقابلة للعمل في جميع المدة، ولا يقدح خلوها من السنين، فإن المعتبر حصول الثمرة في مجموع المدة، لا في جميعها كما هو مقتضى السيرة وغيرها والله العالم.

الفصل الثالث

﴿في المدة﴾ ولا خلاف معتد به أجده باعتبارها فيها ﴿ويعتبر فيها﴾ أي المدة

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب بيع الثمار، الحديث ١ - ٨.

﴿شرطان﴾ أحدهما : ﴿أن تكون مقدرة بزمان لا يحتمل الزيادة والنقصان﴾ كقدوم الحاج وإدراك الغلة وإن كانت هي الغلة المعامل عليها على المشهور ، كما في المسالك ، وقوفاً - فيما خالف الأصل ، واحتمال الفرر والجهالة - على موضع اليقين ، واكتفى ابن الجنييد بتقديرها بالثمرة المساقى عليها ، نظراً إلى أنه بالنسبة إلى ثبوته عادة كالمعلوم ، ولأن المقصود منها هو العمل إلى إكمالها ، ولأن العقد مبني على الفرر والجهالة ، فلا يقدحان فيه ، والأجود الأول ، وإن كان كلامه لا يخلو من وجه ، و اعلم أن الاتفاق على تقديرها في الجملة كما قررناه ، وأما تركها رأساً فيبطل العقد قولاً واحداً ، ولأن عقد المساقاة لازم كما تقدم ، ولا معنى لوجوب الوفاء به ^(١) [دائماً ولا] إلى مدة غير معلومة ، ولا إلى سنة واحدة ، لاستحالة الترجيع بلا مرجع . نعم من قال من العامة بأنها عقد جائز لا يعتبر عنده تعيين المدة ، لانتفاء المحذور الذي ذكرنا .

قلت : مضافاً إلى ما في قصة خيبر من ظهور ذكر المدة باعتبار كون المحكي منها أن الواقع قد كان مزارعة ومساقاة بعقد واحد ، وعلى كيفية واحدة ، وقد عرفت هناك النصوص الدالة على اعتبار المدة في المزارعة ، فيكون الواقع منه ^(٢) مذكوراً فيه المدة ، والأصل عدم مشروعية غيره ، مع ما فيه وفي غيره من إيماء كونهما على كيفية واحدة بالنسبة إلى ذلك وغيره ، إلا أن تلك بحدسة من الزرع ، وهذه من الشجر والنخل ، بل وظهور كونهما بمعنى الإجارة المعلوم فيها إعتبار ذلك . والانصاف أن العدة الإجماع الذي سمعته ، وإلا فلزومها لا ينافي عدم اعتبار ذكر المدة فيها ، فيكون المساقى له استحقاق في الثمرة أبداً ، ويستحق عليه الأعمال المشروطة أو المتعارفة خصوصاً وصحيح يعقوب بن شعيب ^(٣) الذي هو دليل مشروعية المساقاة مع قصة خيبر خال عن ذكر المدة قال فيه : «سأله - أي الصادق عليه السلام - عن الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل والفاكهة فيقول : اسق هذا من الماء

(١) هكذا في النسخ و الظاهر زيادة «دائماً ولا» .

(٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام المزارعة الحديث - ٢ .

وأمره ولك نصف ماخرج ، قال : لا بأس ، بل لعل ذلك هو الظاهر من الاسكافي لاما حكامه هو وغيره عنه ، فإن الذي عثرنا عليه من كلامه في المختلف أنه قال : دولا بأس بمساقاة النخل وماشاكله سنة وأكثر من ذلك إذا حصرت المدة أولم تحصر ، فإن مراده نفي البأس في المساقاة عن السنة والأكثر مع ذكر المدة ، وعنهما مع عدم ذكر مدة أصلاً ، ولا تعرض فيه لبلوغ ثمرة وغيرها ، فيمكن قوله بلزومها والاستحقاق دائماً وأبداً مع عدم حصر المدة ، إلا أن يكون هناك تعارف ينزله على سنة العقد خاصة .

نعم لا اشكال بل ولا خلاف معتد به باعتبار تقديرها مع التعرض لها بما لا يحتمل الزيادة والنقصان ، كما في كل عقد جسيء بهافيه ، من غير فرق بين ما كانت معتبرة في صحته كالأجارة ، وبين غيره كمهر النكاح وضمن البيع ونحوهما فتأمل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال فالشرط الثاني ﴿أن تكون﴾ المدة المذكورة في المساقاة ﴿مما تحصل فيه الثمرة غالباً﴾ وإن قلت كما إذا ساقاه في آخر العمل بحيث يبقى منه يسير مما فيه مستزاد للثمرة يكفي فيه الشهر مثلاً ، وعلى هذا المدار في جانب القلة ، وقد تقدم في المزارعة البحث فيما دون ذلك ، مع امكان دعوى الفرق بين المقام وبينها وبين الأجارة للزرع ، بالقول أن الثابت من شرعيتها ذلك دون غيره ، مع عدم إطلاق أو صوم يقتضيه بخلافه فيهما ، أما الكثرة فلا حد لها عندنا ، خلافاً للمشافعي حيث شرط أن لا يزيد على ثلاثين سنة ، وهو تحكم .

وقد تقدم الكلام أيضاً في المزارعة فيما لو فرض اتفاق قصور المدة عن الادراك على غير الأسباب العادية فلاحظ و تأمل ، بل منه يعلم الحال أيضاً فيما لو اتفق عدم خروج الثمرة أصلاً في المدة الذي قد صرح بعضهم فيه هنا بأنه لا شيء له ، لأجرة مثل ولا غيرها ، حتى لو خرجت الثمرة بعد المدة على غير المتعارف والله العالم .

الفصل الرابع

العمل الذي لا يعتبر فيه أن يكون سقياً وإن كان قد يتوهم من لفظ المساقاة المراد منها الأعم من ذلك ومن غيره ، فيجوز عقدها حينئذٍ على ما لا حاجة إلى السقي كما قد صرح به غير واحد نعم قد ذكر غير واحد من المأمة (و) الخاصة أن (إطلاق المساقاة يقتضى قيام العامل) بكل ما يتكرر كل سنة (بما فيه زيادة النماء) في الكم أو الكيف (من الفرق) بحرث الأرض وحفرها المحتاج إليه ، وما يتوقف عليه من الآلات والعوامل من البقرة وخشب الحرت والسكة والمساحي ونحو ذلك ، بل في جامع المقاصد : لا نعام في وجوب ذلك خلافاً هنا وفي المزارعة ، (و) إصلاح الأجاجين (أي الحفر التي يقف الماء فيها في أصول الشجر) وإزالة الحشيش المضر بالأصول وتهذيب الجرايد (بقطع ما يحتاج إلى القطع منها ، وكذا زباد الكرم وتهذيب الشجر من غير فرق في ذلك بين الجزء اليابس وغيره (و) السقي) ومقدماته المتكررة في سنة كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء وتنقيتها من الحماة ونحوها ، واستقاء الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجة (و) التلقيح والعمل بالناضج وتعديل الثمرة (بإزالة ما يضر بها من الأغصان والورق ليصل إليها الهواء وما تحتاج إليه من الشمس ، وليتمسك قطعها عند الإدراك ، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوتاً لها عن الشمس المضرة بها ورفعها عن الأرض كذلك ، (و) اللقاط) للثمرة بحسب نوعها وقتها مما يؤخذ للزبيب ، يقطعه عند حالوته في الوقت الصالح له ، وما يعمل ديساً فكذلك ، وما يؤخذ يابساً فعند يابس (و) إصلاح موضع التشميس (المحتاج إليه) ونقل الثمرة إليه (وتقليبها فيه) وحفظها (على أصولها) (و) في بيدها ، وطريق إيصالها إلى المالك إن لم يكن هو المتولى إلى غير ذلك مما ذكره بالنسبة إلى العامل ، كما أنهم قد ذكروا أيضاً أن إطلاقها أيضاً يقتضى (قيام صاحب الأصل

ببناء الجدار و عمل ما يستقى به من دولاب أو دالية و إنشاء النهر ﴿ و البئر و نحو ذلك ممّا لا يتكرّر في كل سنة فإيه الضابط فيه أيضاً و إن عرض له التكرّر في بعض الاحوال .

نعم في القواعد « في البقر التي تدير الدولاب تردد » و لعله من أنها مال لا عمل ، ولا يتكرّر كل سنة ، و من أنها تراد للعمل ، فأشبهه بقر الحرث ، و لأنّ الإدارة واجبة على العامل ، فتجب مقدّمته ، وعن الشيخ و الفاضل في المختلف الأوّل ، وعن ابن ادريس الثاني ، و توقف فيه في جامع المقاصد .

﴿ و ﴾ كذا الكلام في ﴿ الكشف للتلقيح ﴾ ﴿ نحوه فاته ﴾ ﴿ قيل ﴾ ﴿ كما عن ابن ادريس ﴾ : يلزم ذلك العامل و هو حسن ﴿ عند المصنف ﴾ ﴿ لأنّ به يتم التلقيح ﴾ ﴿ و قيل : على المالك كما عن الأكثر لأنّه ليس من العمل ، و إنما هو من الأعيان التي تصرف إلى مصلحة الثمرة ، و كذا تردّدوا في بناء ثلم الجدران و وضع الشوك عليه في أنّه على المالك ، أو على العامل ، إلى غير ذلك من كلماتهم التي قد يشكل الفرق فيها بين عوامل الحرث و عوامل الاستقاء ، بل بينها وبين الكشف أيضاً ، فإنّ الجميع مال من العامل بل قد يشكل الحكم بوجود مال مدخلة له في زيادة الثمرة و لا في اصلاحها كالحفظ و النقل و نحوهما .

و أما ما ذكره من الضابطين فلا أثر له في شيء من الأدلة ، فالمتجه حينئذٍ الرجوع في مثل ذلك إلى المتعارف في اطلاق عقد المساقاة مما يجب على العامل و المالك .

و أما غيره فيتبع الشرط ، و إلّا كان عليهما إذا أراداه ، لأنّ المال مشترك بينهما ، أو أنّ الأصل فيه وجوبه على العامل ، لنحو ما سمعته في المزارعة من صحيح يعقوب بن شعيب ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام الذي فيه « سألته عن المزارعة فقال : النفقة منك ، و الأرض لصاحبها فما أخرج الله من شيء قسم على الشطر ، و كذلك أعطى رسول الله ﷺ خيبر حين أتوه ، فأعطاهم إياها على أن يعمروها ، و لهم النصف

(١) الوسائل الباب - ١٠ من ابواب احكام المزارعة الحديث - ٢ .

مما أخرجت ، فإن ظاهر تشبيهه ^(١) يقتضى كون وضع المساقاة على الوجه المزبور ، فليس على المالك حينئذٍ إلا دفع الأصول ، كما أنه ليس على المزارع إلا دفع الأرض ، أللهم إلا أن يكون هناك تعارف أو شرط .

﴿و﴾ على كل حال ﴿لو شرط﴾ المالك ﴿شيئاً من ذلك﴾ مما عليه مع الإطلاق أو جميعه ﴿على العامل صح﴾ بعد أن يكون معلوماً ﴿على وجه يرتفع معه الفرر المنافي للعقد ، لعموم﴾ ^(١) «المؤمنون عند شروطهم» .

﴿و﴾ أما ﴿لو شرط العامل على رب الأصول﴾ جميع ﴿عمل العامل له بطلت المساقاة ، لأن الفائدة لا تستحق إلا بالعمل﴾ و لعدم ما يدل على صحتها على هذا الوجه ، بل الظاهر من الثابت منها اعتبار ماله مدخلية في زيادة الثمرة أو صلاحها من العمل في استحقاق الحصّة .

﴿و﴾ من هنا ﴿لو أبقى العامل﴾ عليه ﴿شيئاً من عمله﴾ الذى له المدخلية المزبورة ﴿في مقابلة الحصّة من الفائدة و شرط الباقي على رب الأصول جاز﴾ للعموم المذكور ، خلافاً للمحكي عن المبسوط من عدم الجواز معللاً له بأنه خلاف وضع المساقاة ، وهو ممنوع مع أنه منقوض لما اعترف بجوازه فيما سيأتى ، من اشتراط عمل غلام المالك معه الذي هو بمنزلة عمله .

نعم لو أبقى العامل ما لا تحصل به مستزاد الثمرة كالحفظ لم يصح ، لمنافاته وضع المساقاة الثابت من الشرع ، كما لو ساقاه وقد بقي من العمل ذلك ، لكن لو أراد ذلك وجعله معقد الاجارة مثلاً جاز .

فتمحصل مما ذكرناه أنه مع الشرط يعمل عليه إلا إذا كان منافياً لمقتضى العقد ، إلا أن هذا كله في اشتراط المخالف لمقتضى الإطلاق ، أما إذا شرط ما اقتضاه كان تأكيداً ، و لو شرط بعضه كان تأكيداً له ، بل ربما كان له ثمرة من حيث الاشتراط ، و وجب الإتيان بالباقي الذى تقتضيه الإطلاق ، اللهم إلا أن يفهم من نفس الاشتراط

(١) الوسائل الباب - ٢٠ من ابواب المهور الحديث - ٤ .

او من قرينة أخرى إرادة عدم الالتزام بغير المشروط هذا .

و في جامع المقاصد « أنه متى أخلّ العامل بالعمل المشروط عليه تخير المالك بين فسخ العقد ، و التزامه بأجرة مثل العمل ، نص عليه في التحرير ، فإن فسخ قبل عمل شيء فلا شيء له ، و إن كان بعده قبل الظهور فالأجرة له ، و إن كان بعد ظهور الثمرة ، فكذلك قضية للاشتراط ، ولو أخلّ بالأعمال الواجبة مع الإطلاق أو ببعضها فعلى ما سبق في الإجارة يتجه أن للمالك الفسخ في الجميع ، و هل يضمن له أجرة مثل ما عمل ، يحتمل ذلك ، و يحتمل العدم ، و في البعض إن أتى بشيء و له الإلزام بالأجرة ، ولم أظفر بتصريح في ذلك يعتدّ به ، ونحوه في المسالك مع زيادة أنه لو حصل على الأرض نقص بسبب التقصير لزمه الأرض ، والظاهر أن الثمرة كذلك .

قلت : لا يخفى عليك ما في الزام العامل بأجرة مثل العمل المشروط مع فرض فوات محله ، وكذا في صورة الإطلاق ، وفي صورة اشتراط العامل على المالك ، وصورة الإطلاق بالنسبة إليه ، فإنّ جميع ذلك مبنّى على تملك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله ، وهو ممنوع ، فإنّ أقصاه التزام من نليه الشرط بالعمل ، و اجباره عليه والتسلط على الخيار بعدم الوفاء به ، لا كونه مالاً له ، خصوصاً مع اشتراكهما في فائدة الشرط كما هنا .

بل لا يخفى عليك أيضاً محلّ النظر في غير ذلك من الكلام المزبور ، حتى ما في المسالك من ضمان النقص الحاصل في الثمرة و في الأرض بعدم فعل الشرط ، و ما اقتضاه الإطلاق مع دفع أجرة المثل القائمة مقام العمل ، و حينئذٍ فالنتيجة عدم اختصاص المالك بها ، ضرورة كونها عوض العمل الذي يعود نفعه إليهما ، فلا بدّ من ملاحظة ما يخصّه منه ، إمّا بمراعاة نسبة حصّة العامل إلى حصّته أو بغير ذلك ، كما أن أرش نقصان الثمرة لا يختص به ، لكونها مشتركة بينهما ، بل يقتصر على أرش حصّته ، نحو ما سمعته في المزارعة ، فيتجه حينئذٍ الاستغناء بذلك عن أجرة مثل العمل ، فتأمل جيّداً . فإن المسألة محتاجة إلى تنقيح .

﴿ وكيف كان فقد بان لك مما ذكرناه أنه ﴾ لو شرط ﴿ العامل ﴾ أن يعمل

غلام المالك معه جائز ﴿ لا تبه أولى من عمل المالك معه ، و ﴿ لانه ﴾ في الحقيقة
 ﴿ ضم مال إلى مال ﴾ نحو اشتراط عامل القراض على المالك دفع راحلته مثلاً لحمل
 مال القراض ، نعم لو شرط عليه قيام غلامه بجميع العمل كانت المساقاة باطلة .
 ﴿ أمّا لو شرط أن يعمل الغلام لخاصّ العامل ﴾ بمعنى عمله في المالك المختصّ
 بالعامل ﴿ لم يجز ﴾ عند الشافعي لصيرورة عمل الغلام حينئذٍ مقابلة لعمله ، فتصير
 الفائدة له بلا عمل ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ومن عدم منافاة ذلك للمساقاة
 إذ هو شرط خارج عنها ﴿ و ﴾ من هنا كان ﴿ الجواز أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده ،
 و عن فخر المحققين أن المراد بما في العبارة اشتراط كون عمل الغلام للعامل
 يختص به ، وردّ في جامع المقاصد بأنه حينئذٍ لم يحتج إلى قوله « لخاصّ العامل » ،
 بل كان يكفي عنه قوله « للعامل » ، على أنه لا يحصل له فإنّ عمل غلام المالك في
 بستان المالك كيف يشترط كونه للعامل ، و كيف يشترط مال شخص لا آخر ، و أي
 فائدة لهذا الشرط .

قلت : قد يريد الفخر أن عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائماً مقامه في العمل
 عنه ، على وجه لو لم يعمل العامل و عمل الغلام وحده كان جائزاً ، و حينئذٍ يكون
 وجه البطلان واضحاً ، ولعلّ قول المصنف أن الجواز حينئذٍ أشبه ، لأنّ الفرض كون
 عمل الغلام معه ، فلا يقدح كون عمل الغلام له ، على معنى أنه لو كان له حصّة كان
 للعامل ، لا للمالك ، إذ هو لا يزيد على عمل المالك معه ، فتأمل جيئداً و الله العالم .
 ﴿ وكذا ﴾ في كون الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده ﴿ لو شرط ﴾ العامل
 ﴿ على المالك ﴾ مثلاً ﴿ أجره الاجراء ﴾ الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها
 معينة ﴿ أو شرط خروج أجرهم صبحاً منها ﴾ معاً إذا كان مع ذلك للعامل عمل
 مقابل الحصّة من الفائدة ، خلافاً للمحكي عن الشيخ من البطلان ، لمنافاته موضوع
 المساقاة الذي هو ليس إلا دفع الاصول من المالك ، و فيه منع واضح ، ضرورة عدم ما
 يدلّ على اعتبار ذلك حتى بالشرط و نحوه .

و أمّا تفسير العبارة و ما شابهها بأن المراد اشتراط العامل على المالك الأجرة

على جميع العمل ، على وجه لا يبقى للعامل إلا الاستعمال و السمسرة ، ففيه : إن المتعج في مثله الفساد ، لا الجواز ، ضرورة عدم ما يدل على الصحة بعد أن كان مثل ذلك خارجاً عن عمل المساقاة المعتاد ، و دعوى كونه عملاً تدعو الحاجة إليه ، فإن المالك قد لا يهتدى الى الدقنة و استعمال الاجراء ، ولا يجد من يباشر الأعمال أولاً يأتئمه ، فيحتاج إلى مساقاة من يعرف ذلك ، لينوب عنه في الاستعمال كما ترى . نعم لا بأس باشتراط العامل ذلك على أن تكون الأجرة منه بمعنى اشتراط عدم مباشرة العامل ، فإن ذلك لا يمنع صحة المساقاة حتى مع اشتراط عمل المالك بأجرة منه عنه ، فضلاً عن غيره ، ضرورة عدم اشتراط المباشرة في المساقاة . والله العالم .

الفصل ❀ الخامس

في الفائدة ❀

أى الثمرة ❀ (و) ❀ لا خلاف في أنه ❀ لا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعاً ❀ بينه و بين المالك مساو أو مفاضل على نحو ما سمعته في المزارعة ، لأن ذلك هو الثابت من مشروعيته بدون غيره ، ❀ فلو أضرب عن ذكر الحصّة بطلت المساقاة ❀ حينئذ قطعاً ❀ وكذا لو شرط أحدهما الآخر بالثمره ❀ مطلقاً أو سنة ❀ لم تصح المساقاة ❀ التى هى خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقن ، وليس ذلك منه ، بلا خلاف ❀ (و) ❀ لا إشكال ، بل قضية ما سمعته سابقاً في المزارعة من جماعة أنه كذلك تبطل المساقاة ❀ لو شرط لنفسه شيئاً معيناً وما زاد بينهما ❀ .

بل ❀ وكذا لو قدر لنفسه أطوالاً ❀ معلومة ❀ و للعامل ما فضل ، أو عكس بل ❀ وكذا لو جعل حصّة ثمرة نخلات بعينها ❀ له ❀ و للآخر ما عاها ❀ الى غير ذلك مما ينافي الإشاعة في مجموع الفائدة الحاصلة من الأصول التى وقع عقد المساقاة عليها ، الذى سرح في المسالك باعتباره هناك . و إلا لا يمكن خلوه أحدهما عنها مع عدم حصول غير المعينين ، لكن قد عرفت البحث فيه سابقاً على وجه لا يخفى

عليك جريانه في المقام ، بناء على اتحاد المزارعة و المساقاة بالنسبة إلى ذلك .
 نعم يمكن الفرق بينهما بأن في النصوص السابقة هناك ما ينافي اعتباره بالمعنى المذكور بخلافه هنا ، فإنه ليس في أدلة مشروعيتهما إلاّ الإشاعة في الجميع عدا قوله تعالى ^(١) « اوفوا » ^(٢) و « إلاّ أن تكون تجارة عن تراض » وقد عرفت سابقاً الاشكال في اثبات شرعية الفرد المشكوك فيه من المعاملة المتعارفة المعلوم شرعية غيره من أفرادها ، أللهم إلاّ أن يؤخذ على طريق الشرطية كي يستدل حينئذ على مشروعيته بأدلة الشرائط ، لأعلى وجه الجزئية في عقد المساقاة كما أومأنا إليه في المزارعة فلاحظ وتأمل .

وكيف كان فلا خلاف ﴿ ولا اشكال في أنه ﴾ يجوز أن يفرد كل نوع بحصة مخالفة للحصة من النوع الآخر ﴿ كالنصف من ثمرة النخل ، والرابع من الكرم مثلاً لعدم منافاته للإشاعة في مجموع الفائدة ، لكن ﴾ إذا كان العامل عاملاً بمقدار كل نوع ﴿ من النوعين حذراً من الفرر والجهالة ، فإن المشروط فيه أقلّ الأمرين قد يكون أكثر الجنسين .

لكن لا يخفى عليك تحقق الجهالة أيضاً مع عدم إفراد كل نوع بحصة ، بل كانت في الجميع متحدة ، فما عساه يظهر من العبارة من اختصاص اشتراط ذلك في صورة الأفراد خاصة لا يخلو من نظر ، أللهم إلاّ أن يدعى باستفادة اغتفار الجهالة في الثاني ، دون الأول من الأدلة ، إلاّ أنه كما ترى ، أو يقال ، إن الجهل الناشئ من الأفراد غير الجهل ، بأصل الحديقة ، فقد يعلم بها من حيث المساقاة عليها بالنصف من حاصلها أجمع ، وإن لم يعلم مقدار كل نوع منها ، بخلاف مالو أفر دكل نوع بحصة مخالفة للحصة من الآخر فتأمل فإنه لا يخلو من دقة والله العالم .

﴿ ولو شرط مع الحصة من النماء ﴾ ملك ﴿ حصة من الأصل الثابت لم يصح لأن الثابت من ﴾ مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة ﴿ خاصة دون غيرها

(١) سورة المائدة الآية - ١

(٢) سورة النساء الآية - ٢٩

نعم لو لم يختار الفسخ رفع أمره إلى الحاكم في تحصيل حقه ، كما أنه قد يمنع وجوب فعل الصور المزبورة على الحاكم ، وإن ظهر ذلك من عباراتهم ، ضرورة كون قيام الحاكم في هذه الأمور من باب الحسبة والإحسان الذي لا يجب عليه مراعاته ﴿و﴾ على كل حال فقد ذكروا هنا أنه ﴿إن تعذر﴾ فعل شيء من ذلك ﴿الذي قد منا ذكره﴾ ، بل ولو لعدم إمكان إثبات الحق عند الحاكم على ما في المسالك أو لعدم إمكان الوصول إليه ، ﴿كان له الفسخ لتعذر العمل﴾ حينئذ عليه ، فينحصر دفع ضرره بذلك .

﴿ولو لم يفسخ و تعذر الوصول إلى الحاكم﴾ ولو على الوجه المزبور ﴿كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه و﴾ حينئذ له أن يرجع عليه ﴿لكونه كالحاكم في الولاية عنه بالنسبة إلى ذلك﴾^(١) إن «المؤمنون بعضهم أولياء بعض» لكن ﴿على تردد﴾ مما عرفت ، ومن الشك في ثبوت الولاية له على الوجه المزبور في هذا الحال . ﴿و﴾ على كل حال ﴿لو لم يشهد لم يرجع﴾ إذا أنكره العامل ، للأصل والفرض عدم البيئة على الاستيجار عنه ، بل لعل ظاهر العبارة عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل ، بل وحتى لو كان الإشهاد متعذراً لكونه أي الإشهاد حينئذ بمنزلة الحاكم ، بل في المسالك أنه أحد الأقوال في المسألة ، والثاني : لا يرجع مع التمكن منه ، والثالث : الرجوع مطلقاً ، وأشكله تبعاً للكركي بأنه لا مدخلية للإشهاد في ثبوت الحق في نفسه ، ولو لإرادة المقاصاة ، وإثماً أقصاه توقف الإثبات عليه ، لا الثبوت .

ومن هنا كان الأقوى الثالث ، بل احتمال قبول قوله بيمينه ، لأن الأصل عدم تبرع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامة عن الغير ، وإن كان هو كما نرى ، ضرورة عدم كون ذلك أصلاً أصيلاً .

نعم ، يقال بذلك ، بناء على ثبوت ولايته عنه في ذلك في هذا الحال ، لما عرفت كما أنه قد يقال : إن مراد المصنف بالأشهاد الذي جزم بعدم الرجوع مع عدم

احضار عدول المؤمنين على ذلك ، لأنّ الولاية لهم مع عدم الحاكم ، بل قد ذكرنا في غير المقام ، إمكان ثبوت أمثال هذه الولايات التي هي من المحسب و الإحسان لفساق المؤمنين مع تعدّد العدول ، فلاحظ و تأمل ، هذا كلّ في العامل غير المعين .

أمّا هو فالمتّجه ثبوت الخيار بمجرّد تعدّد مباشرته وإن وجد المتبرّع ، بل لو تبرّع عنه متبرّع لم يقع العمل له ، ولم يستحقّ بذلك الحصّة وإن قصد اتمام العمل عنه ، بخلاف غير المعين ، فإنّ الظاهر كونه على حصّته مع اتمام المتبرّع و إن لم يقصد العمل عنه ، لأنّ عقد المساقاة ملكه الحصّة مع حصول العمل منه أو من غيره ، كما لو استغنى بماء المطر عن السقي ، كما صرّح بذلك في جامع المقاصد .

لكن قد يناقش في الثاني بعدم استحقاقه الحصّة التي هي عوض العمل منه أو عنه ، فأما إذا لم يكن منه ولا عنه لم يستحقّها ، وهو من استأجر على عمل فاتفق حصوله من غيره لا يقصد النيابة عنه .

وتدفع بأنّ عقد المساقاة اقتضى كون العمل في ذمته ، فمتى وقع كان عنه وله ، لعدم تصوّر كونه عمّن ليس في ذمّته ، على أنّ المساقاة لا يرب في بقائها على الصحة التي معناها ترتّب الأثر الذي هو ملك الحصّة ، وتكليف العامل بأجرة المثل للمالك مع حصول العمل له تامّاً لا وجه له ، فلس حينئذٍ إلّا ما ذكرنا .

لكنّ الإيصال مع ذلك كلّ عدم خلو الحكم عن اشكال ، باعتبار عدم ظهور الفرق بينه وبين من استوَجِر على عمل فاتفق حصوله من غيره ، كقلع الفرس فانقلع لنفسه ، وكالاستيجار على إزالة قمامة فاتفق اطارة الريح لها ، وهو ذلك ، واحتمال الإلتزام بالأجرة فيها صعب .

أللهم إلّا أن يقال : إنّ وضع المساقاة والمزارعة ومشروعيتهما على ذلك ، فإنّ المراد حصول الزرع والثمرة الصالحة كمّاً وكيفاً ، فمع احتياج ذلك إلى العمل فعله العامل ، وإن استغنى عنه بفعل الله أو بفعل الغير سقط عنه ، واستحقّ حصّته بخلاف الإجارة ، فإنّ المراد منها مقابلة العوض بالعمل منه أو عنه والله العالم .

المسألة السادسة : إذا ادّعى المالك * أن العامل خان أو سرق ، أو

أُتلف أو فُرط فتلف ﴿ أو نحو ذلك ﴾ و أنكر ﴿ العامل ﴾ ف ﴿ لا ريب في أن ﴾
﴿ القول قوله ﴾ أى العامل ﴿ مع يمينه ﴾ لأنه منكر بموافقته للأصل سواء كان
أميناً أم لا .

نعم ضمانه بالتفريط يتوقف على أمانته ، فلا تتوجه الدعوى به إلا في صورة
كونه أميناً له ، و على كل حال فالقول قوله أيضاً في عدمه ، للأصل ، وكان ظاهر
المثن وغيره سماع الدعوى بذلك مع الجهل بالمقدار ، لعموم قوله ﷺ ^(١) «البيئنة
على المدعى و اليمين على من أنكر» .

لكن في التذكرة « لم تسمع دعواه حتى يحررها ببيان المقدار » مع أن المحكى
عنه في باب القضاء سماع الدعوى المجهولة ، ويأتي انشاء الله التحقيق في ذلك .
﴿ وكيف كان ف ﴾ بتقدير ثبوت الخيانة ﴿ بالبيئنة أو غيرها ﴾ هل ترفع
يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الثمرة ؟ ﴿ ظاهر المصنف احتمال الاول
ولعله لأن اثبات يده على حصته ، يستدعى إثباتها على حصّة المالك التي له دفع يده
عنها .

وفيه : منع توقفه على ذلك ، لا مكان وضع المالك أميناً لحفظ ما يرجع إليه
معه ، إلا أنني لم أجده قولاً لأحد من أصحابنا ، بل ولا غيرهم .
نعم عن المزني يستأجر عليه من يعمل معه ، و في موضع آخر يضم إليه أمين
يشرف عليه و هو المحكى عن مالك ، و في الإيسعاد شرح الإرشاد للشافعية يلزمه
الحاكم بأجرة مشرف يراقبه ولا تزال يده ، لأنه مستحق للعمل و يمكن استيفاءه
منه بهذا الطريق ، فتعين جمعا بين الحقيقتين .

و ﴿ الوجه ﴾ المطابق لأصولنا ﴿ أن يده لا ترفع عن حصته من الربح ﴾ أى
الثمرة لعموم ^(٢) « تسلط الناس على أموالها » ﴿ لكن ﴾ للمالك رفع يده عما

(١) الوسائل الباب - ٢٥ من ابواب احكام الدعوى المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ .

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ .

عداء ﴿ بل له أيضاً ذلك مع عدم الخيانة ﴾ (و) ﴿ حينئذٍ ﴾ ﴿ لو ضم ﴾ أي ﴿ المالك إليه أميناً ﴾ لحفظ ما يرجع إليه ﴿ كانت أجرته على المالك خاصة ﴾ ﴿ كما في القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ، لرجوع مصلحته إليه .

لكن قد يشكل مع فرض كون الحفظ على العامل ، بأنه من الأعمال الواجبة عليه الذي يتجه الاستيجار عليه ، مع فرض عدم قيامه به ، وقد يدفع لمنع كون ذلك من عمل المساقاة ، وإن وجب الحفظ عليه إذا كان أمانة في يده ، وإن سلم فالمراد به الحفظ من الغير ، وأما الحفظ منه فهو من تحريم الخيانة والسرقة ، لا من حيث المساقاة ، على أنه بثبوت الخيانة منه في الجملة لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له .

وعلى كل حال فلو لم يمكن الحفظ منه ولو مع الحفاظ ففي القواعد الأقرب رفع يده من الثمرة ، و الزامه بأجرة عامل ، واختاره في المسالك ، و لعل الأول ، لأن للمالك أن يحفظ ماله قطعاً ولا يتم إلا برفع يد العامل ، لأنه الفرض ، والثاني أن العمل واجب عليه وقد تعذر فعله بنفسه ، فيدون كما لو هرب ، مضافاً إلى قاعدة الضرر ، و حينئذٍ يتجه الفسخ مع التعمين ، و مع غيره إذا لم يمكن الاستيجار عنه على حسب ما سمعته في الهارب ، كما صرح به الشهيد في حواشي القواعد ، وهو الذي صرح به في الاسعاد والإرشاد من كتب الشافعية .

لكن قد يناقش بما في جامع المقاصد من أن الحق الثابت لشخص إذا كان لا يتم إلا باسقاط حق شخص آخر و إزالة يده عن ملكه ، فلا دليل على سقوط ذلك و إزالة يده ، و بعدم تعذر العمل منه لأن مجرد الخيانة غير كاف في ذلك ، بل لوجوب زام رفع يده عن الجميع بسببها أمكن أن يقال : إن التعذر حينئذٍ بسبب المالك ، فلا يجب على العامل شيء ، و لذا قال في جامع المقاصد : للتوقف في الموضعين مجال ، و هو في محله والله العالم .

المسألة السابعة : إذا ساقاه على أصول ﴿ جاهلاً بحالها ﴾ فبانت ﴿ بأحد الطرق الشرعية أنها ﴾ مستحقة بطلت المساقاة ﴿ مع عدم إجازة المالك ، ﴾ و ﴿

لاريب في أن ﴿ الثمرة للمستحق ﴾ لأنها نماء ملكه ، و لم يحصل ما يقتضى نقلها عنه ، ﴿ و للعامل الأجرة على المساقى ﴾ الذى هو غار له ، بدفع عوض لم يسلم له عن عمله ﴿ لا على المستحق ﴾ .

نعم لو كان عالما بالحال لم يرجع بناء على عدم غروره مع علمه ، بل هو إقدام منه على ذلك ، و الفرق - بين ظهور استحقاق الثمرة و بين عدم خروجها أو هلاكها حيث تثبت أجرة للعامل في الاول ، دون الثاني أن الاستحقاق يوجب فساد العقد . حيث لم يخبر المالك ، و أصالة احترام عمل المسلم بعد فساد العقد تقتضى الرجوع إلى الأجرة على حسب ما عرفته سابقاً ، بخلاف هلاك الثمرة و عدم خروجها و ما شاكلهما ، فإن العقد معهما صحيح ، فلا يستحق العامل سوى الحصّة و إن فانت ، لأن ذلك مقتضى عقد المساقاة على تقدير صحته ، ولا ينافي ذلك ما ذكرناه سابقاً من الانفساخ بذلك ، فإنه انفساخ من حينه ، للإكتفاء في الصحة بالاستعداد المزبور حتى يتبين الحال ، بل لو قلنا بالانفساخ من أصل العقد أمكن الفرق بين ما بناء المساقاة عليه من أمثال هذه الأمور ، و بين الاستحقاق ، و نحوه من الأمور المقتضية لفساده فتأمل و الله العالم .

و على كل حال فمع وجود الثمرة و بقاؤها عنده دفعت إلى مستحقها ﴿ ولو اقتسمها ﴾ من لأى الثمرة ﴿ و تلفت كان للمالك الرجوع على الغاصب بدرك الجميع ﴾ بناء على أن غصبه العين يقتضى ثبوت يده على ثمرتها ، و إن كان قد نقلها عنه ، لكن ذلك من يده عليها .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ يرجع الغاصب على العامل بما حصل له ﴾ من الحصّة التى بان عدم استحقاقه إياها ، فهو ضامن لها لمستحقها ، لعموم ^(١) « من أئلف » و الفرض أن يده عليها كانت يد ضمان ، لأنها عوض العمل ﴿ و ﴾ لذا كان ﴿ للعامل على الغاصب أجرة عمله ﴾ كما عرفت لأنها يد مجتّان بغيره من الغاصب فهو في الحقيقة الضامن

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار .

لها ، لأنّ التلف قد كان في يده ، وإن جاز للمالك مطالبة الغاصب بالأداء عنه بسبب غصبه ، وليس هو في ذمته ، إذ لا دجّه بشغل ذمتين بمال واحد ولو على البدل فمع فرض دفع العوض عنها له صارت له ، لعدم ملك المالك العوض والمعوض ، وعدم استحقاق لها وليس هو من التبرّع بوفاء الدين ، كى تبرّء ذمة العامل ، ولا يستحق الغاصب الرجوع عليه ، بل هو من التكليف الشرعى للغاصب بالأداء عن العامل مع مطالبة المالك ، و ذلك يقوم مقام الاذن ممن عليه الحق بالأداء .

و بالجملة هو من المعاوضات الشرعية المستقلة بنفسها التى لا تدخل في صلح عقدي أحوالة أو نحوهما ، ولعلّ دليل ذلك الإجماع منهم ، كما يظهر من إرسالهم إرسال المسلمات ، ولو لاه لأشكال رجوع الغاصب عليه بعد براءة ذمته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب ، ولو للمخاطب الشرعى اذا انتقل المال الذي قد كان فى ذمته للمالك للغاصب يحتاج إلى ناقل من النواقل المعهودة ، والفرض عدمه ، فليس حينئذٍ إلا المعاوضة الشرعية .

و كيف كان فلا يخفى أن ذلك كلّهُ مقيّد بما إذا لم يبق الغاصب ظاهراً مقراً على دعوى الملكية ، وإلاّ لم يكن له الرجوع على العامل ، مؤاخذه له بإقراره و اعترافه بكونه مظلوماً بأخذ المالك منه ذلك ، والمظلوم لا يظلم غيره كما أن رجوع العامل بالأجرة مقيّد بنحو ذلك ، وإلاّ لم يصحّ له الرجوع بعد اعترافه بخطأ البيّنة ، وأن الغاصب ظاهراً هو المالك ، فهو حينئذٍ مالك للحصة وإن ظلم وأخذت منه ، لكن لا يظلم غيره لما عرفت ، ولو اختلفا في ذلك جرى على كلّ منهما حكم إقراره وأخذ به ، ولا يلتزم به الآخر كما هو معلوم من القواعد الشرعية .

وعلى كلّ حال فقد بان لك الوجه في أنّ للمالك الرجوع على الغاصب * أو يرجع على كلّ واحد منهما بما حصل له * من الثمرة التى قد تلفت في يده لحصول سبب الضمان من كلّ منهما ، ولا رجوع لأحدهما على الآخر في ذلك إلاّ للعامل بالأجرة مع جهله ، * وقيل : له * أيضاً * الرجوع على العامل بالجميع إن شاء

لأنَّ يده عادية ﴿١﴾ و « على اليد ما أخذت حتى تؤدى » ولكن يرجع هو حينئذٍ على الغاصب بما حصل له على نحو ما تقدّم .

﴿والأوّل﴾ أي الإقتصار على الرجوع على الغاصب أو على كل منهما بحصته
 ﴿أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده عند المصنّف ﴿إلاّ﴾ بتقدير أن يكون العامل عالماً به ﴿ولكن لا يخفى عليك مافيه ضرورة عدم مدخلية الجهل والعلم في صدق ثبوت اليد وعدمه﴾ ، إذ العامل من حيث كونه عاملاً إن لم يكن له يد على الثمرة و إنتماهوا مراعى لها و نائب عن المساقى ، فهو كذلك مع علمه أيضاً ، و إلاّ كان ذا يد في الحالين .

و الظاهر الثانى ، خصوصاً مع كون بعض أعماله كالتلقيح والتركيص ونحوهما متملقاً بها ، ولكن هذه اليد لا ترفع يد المساقى الغاصب أيضاً ، ولذا كان له الرجوع على كل منهما بالجميع وبما حصل له ، كما هو واضح بأدنى تأمل ، فالثانى هو الأشبه ، لا الأوّل ، من غير فرق بين تلفها بالاقتراس أو بآفة أو بغيرهما لأنّ المسألة من توارد اليد على العين المغصوبة . والله العالم .

المسألة الثامنة : ليس للعامل غير المعين فضلاً عنه ﴿أن يساقى غيره﴾ بخلاف المزارعة والاجارة ، لما أُنْظِرَ فيه في المسالك تبعاً للمحقق الثانى مما لا حاصل له ، أو مخالف للضوابط الشرعية ، بل ﴿لأنّ المساقاة﴾ على خلاف القواعد . باعتبار الفرر و الجهالة ، والثابت من الأدلة أنّها ﴿إنما تصحّ على أصل مملوك﴾ عيناً أو وكالة أو ولاية ﴿للمساقى﴾ دون ما عداه ، إذ ليس في شيء من نصوصها إطلاق يرجع إليه ، و « أوفوا بالعقود » ^(٢) و « إلاّ أن تكون تجارة عن تراض » ^(٣) ، لا يصلح لاثبات مشروعيتها مثل ذلك ، ولا فرق فيما ذكرنا بين حالى ظهور الثمرة وعدمه .

نعم له الاجارة على القيام بعمله المراد منه ، أو الصلح بشيء من الثمرة أو غيره

(١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٣ .

(٢) سورة المائدة الآية - ١ .

(٣) سورة النساء الآية - ٢٩ .

وبذلك و نحوه يظهر لك فساد ما أطنب به في المسالك من الفرق بين المزارعة والمساقاة وغيره ، إذ كون المساقاة معاملة على الاصول . لا تقتضى عدم جوازها من المساقى بعد معلومية إرادة سقيها ، ونحو ذلك من المعاملة عليها ، فهى حينئذ كالارض في المزارعة والحصّة قد استحققتها بالعقد ، فلا ريب حينئذ في أنّه لا مانع من ذلك بحسب القواعد الشرعية لو كان هناك مقتضى للصحة من إطلاق و نحوه ، وعلى تقديره فلا محيص عنه كما يحكى عن بعض أفاضل متأخري المتأخرين .

بل لعله ظاهر المحكى عن الاسكافى أيضاً في الجملة ، قال : « لو شارك المساقى غيره جاز إذا لم يكن شرط عليه أن يتولى العمل بنفسه ، و كان شريكاً للمساقى بجزء من حصته لا بجزء من الأصل إذا عملاً جميعاً ، فان تفرد المساقى الثاني بالعمل كله ، ولم يكن ربّ المال جعل إلى المساقى أن يساقى غيره ولا فوّض ذلك إليه ، لم يكن للمساقى الاول أن يأخذ جزء من الغلة و كان له أجر مثله ، فإن عمل فيها جاز » .

لكن فيه أنه لا أجر له مع فرض عدم العمل منه ، بل عليه أجرة المثل للمساقى الثاني لغروده إياه ، أللهم إلا أن يكون بذلك يستحقّ الاجرة على المالك ، لصيرورة العمل له بأداء الاجرة عنه ، إلا أن المتتبع استحقاقه الحصّة لحصول العمل ولو من أجيره ، لا الأجرة ، ولذا قال ابن البراج فيما حكى عنه « إذا دفع إسان إلى غيره نخلا معاملة هذه السنة بالنصف ، و قال له : إعمل فيه رأيك ، أولم يقل ذلك و دفعه العامل إلى آخر فعامله بعشرين وسقاً مما يخرج من الثمرة ، فعمل على هذا ، كان الخارج بين الأول وما لك النخل نصفين ، و للآخر على الاول أجر عمله ، ولو كان الشرط في المعاملة الاولى عشرين وسقاً لاحدهما بعينه ، و في الثانية النصف ، كان الخارج لمالك النخل ، وللآخر على الاول أجر عمله ، وللأول على صاحب النخل أجرة ما عمل الآخر ، ولا ضمان عليه في ذلك ، وكان الوجه بطلان المساقاة ، فالنماء كله للمالك ، إلا أنه على الاول أجرة عمل الثاني ، فيستحقها حينئذ الاول على صاحب النخل » .

ولكن في المختلف بعد أن حكى ما سمعت عن ابني الجنيد والبراج قال :
« و التحقيق أن المالك إن أذن للأول في مساقاة الثاني صحّت ، وكان الأول كالوكيل
لاحصّة له في النماء ، وإن لم يأذن فالثمرة للمالك ، وعليه أجرة المثل للثاني ، ولا
شيء للأول » .

و فيه أنه لا وجه لوجوبها عليه له ، مع فرض عدم الإذن منه في عمله ، وعدم
شيء للأول أللهم إلا أن يريد لا شيء له في مستقر الأمر ، بمعنى رجوع الثاني
على الأول ، والأول على صاحب النخل ، ففي الحقيقة الأجرة للثاني ، ولا شيء
لأول فتأمل .

و على كلّ حال فكلامه في خصوص ما سمعته من ابن البراج ، لا في أصل
المسألة ، ضرورة أنه لا وجه للإذن مع فرض عدم مشروعية المساقاة من المساقى الأول
و كونه كالوكيل بالنسبة إلى ذلك لا معنى له مع فرض كون مساقاته للمساقى الثاني
في مساقاته المستحقة عليه .

لكن في جامع المقاصد بعد أن ذكر الوجه في عدم جواز المساقاة للمساقى و
الفرق بينها وبين المزارعة قال : « و هذا إذا لم يأذن المالك ، فإذا أذن للعامل في
المساقاة صحّت و كان الثاني هو العامل ، و الأول وكيل عن المالك » ، وفيه ما لا يخفى
بعد لزوم عقد المساقاة للأول الذي لا يصلح مع ذلك للنيابة عنه فيما أوجبه عليه نفسه
عقد المساقاة .

كما أن من ذلك يعلم أن عدم جواز المساقاة للعامل ، لعدم حصول الشرط شرعاً
أو لعدم مقتضى الصحة ، لا لعدم حصول الإذن من المالك ، في تصرف غير العامل الأول
كما عساه يظهر من جامع المقاصد و المسالك ، ليتوهم الصحة بفرض الإذن .
نعم لو أن المانع من المساقاة عدم جواز التصرف لغير الأول أمكن حينئذ
ارتفاع ذلك بالإذن حينئذ ، ولا يكون وكيلاً ، بل هو مساق حقيقة و تجري عليه
أحكام المساقاة كما هو واضح .

المسألة ﴿ التاسعة ﴾ خراج الأرض ﴿ مغروسة وغير مغروسة ﴾ على المالك ﴿

للغرس الكائن فيها بسبب انتفاعه بها في ذلك ، وحق المسلمين فيها ، وإن ضرب على الشجر الذي فيها ، فإنما هو بواسطتها ، والعامل إنما يستحق الحصة بواسطة عمله ، فلا إشكال حينئذٍ في أن الخراج على المالك .

﴿ إلا أن يشترط على العامل أو بينهما ﴾ فيجب حينئذٍ على حسب الشرط ، لعموم ^(١) « المؤمنون » ولكن يجري عليه حكم الشرايط ، بل قد سمعت في المزارعة اعتبار معلومية مقداره في صحة اشتراطه ، وقد سلف منّا هناك ماله نفع في المقام فلا حظ وتأمل ، كما أنه تقدم آتفا حكم الشرائط مع عدم خروج الثمرة أو ثلثها ، و الفرق أيضاً بين المذكور شرطاً و جزء للعقد مع الحصة والله العالم .

المسألة ﴿ العاشرة : الفائدة تملك ﴾ بين العامل وربّ الأصول ﴿ بالظهور ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في المسالك الإجماع على عدم تأخر ملك العامل إلى بلوغ الثمرة وإدراكها .

قلت : فليس حينئذٍ إلا الملك بينهما بالظهور ، مضافاً إلى أن ذلك هو مقتضى تبعية النماء في الملك ، والمشروع من عقد المساقاة المقتضى لملك العامل الحصة ، و ملك ربّ الأصول العمل عليه ، فما عن بعض العامة - من عدم ملك العامل إلا بالقسمة ، قياساً على عامل القراض - واضح الفساد حتى في المقيس عليه عندنا ، كما تقدم في محله ، مع وضوح الفرق بينهما ، بأن الربح هناك وقاية لرأس المال ، فلا ربح حينئذٍ إلا بعد وصول رأس المال إلى المالك بخلاف الثمرة هنا .

﴿ و ﴾ حينئذٍ في ﴿ تجب الزكاة فيها على كل واحد منهما إذا بلغ نصيبه نصيباً ﴾ كما هو المشهور ، لتحقق سبب الوجوب وهو النماء على ملكهما مع فرض بلوغ النصاب ، خلافاً لابن زهرة هنا ، وفي المزارعة فواجبها على مالك البذر والأصول خاصة ، لأنه نماء ملكه ، وما يأخذه الزارع والمساقى كالأجرة عن عمله ، قال : « ولا خلاف في أن الأجرة لا تجب فيها الزكاة وكذا إن كان البذر للمزارع ، لأنّ ما يأخذه مالك الأرض كالأجرة عن أرضه ، فإن كان البذر منهما فالزكاة على كل

واحد منهما اذا بلغ مقدار سهمه النصاب .

و بالغ ابن إدريس في التشنيع عليه ، و قال : « إئتى راجعته في هذا الحكم و كاتبته إلى حلب و بئته على فساد ، فلم يقبل و تعذر بأعذار واضحة ، و أبان بها أنه ثقل عليه الرد ، ولعمري إن الحق ثقیل كله و مات رحمه الله و هو على ما قاله ، و وافقه على ذلك جميع من تأخر عنه . »

نعم في المختلف بعد أن استجود قول ابن ادريس قال : « قول ابن زهرة ليس بذلك البعيد من الصواب » لكن في الحقائق « الظاهر أن الحامل له على ذلك كثرة تشنيع ابن ادريس عليه ، وإلا فهو في غاية البعد من الصواب » و نحوه في المسالك بعد أن قال : « ضعفه ظاهر ، لأن الحصّة قد ملكت هنا بعقد المعاوضة في وقت يصلح لتعلق الزكاة بها لا بطريق الأجرة . »

ثم لو سلم كونها كالأجرة ، فمطلق الأجرة لا تمنع من وجوب الزكاة ، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب ، إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه ، أو آجر المالك الأرض بالزرع كذلك ، لوجب الزكاة على مالك الأجرة ، كما لو اشترى الزرع كذلك . نعم لو كان يذهب إلى أن الحصّة لا يملكها من لا بذر له بالظهور ، بل بعد بدو صلاح الثمرة ونحوه ، أمكن ترتيب الحكم ، لكنه خلاف اجماع الاصحاب و مع ذلك لا يتم تعليله بالأجرة ، بل بتأخر ملكه عن الوجوب .

و في جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال : « و هو أعلم بما قال ، و الظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلاً إلا على القول بأن استحقاقه و تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاة ، و هذا خلاف ما نقله المصنف عن علمائنا ، فكيف يكون خلافه قريباً من الصواب » ولعله يريد أن ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه ، فلا يأتي على ناقله كل ما ذكره ابن ادريس من التشنيع .

قلت : لعل ابن زهرة لاحظ عدم الوجوب في الأجرة عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها إلا بعد تمام العمل و الزكاة يعتبر فيها التمكن من التصرف في المال المملوك ، وأنه لاحظ وجوبها بعد المؤنة ، و الفرض كون العمل في مقابلها ، فهو

حينئذ مؤنته ، و لذا أوللاوّل نفى الخلاف عن عدم وجوبها على الأجرة .
 و منه يعلم ما في المسالك من وجوبها فيما لو آجر أرضاً بزرع إذا أراد عدم احتساب مقدار أجرة المثل من المؤنة ، و كذلك أجرة مثل العمل ، و بذلك يظهر الفرق بين المقام ، و بين عمل المالك لثمرته مع أنه ربما قيل أيضاً باحتساب أجر فعله مؤنة ، و كذا ما يتلغه من ثياب و نحوها في ذلك ، و إن كنا لم نوافق عليه ، لكن المقام في العمل المقابل بعوض ، و هو الزرع ، و دعوى الفرق - بين العوض في المساقاة و المزارعة ، و بين الأجرة - واضح الفساد .

و لعلّه إلى ذلك و نحوه أوماً الفاضل في المختلف بنفى البعد عن الصواب ، لا ما سمعته من جامع المقاصد و المسالك و الحقائق ، و يقال : مما لا يناسب حمل مثله عليه ، و حينئذ فالمتبج سقوط زكاتها عنهما معا ، لخروجها بالظهور عن ملك رب الأرض و الأصول ، و عدم تمامية الملك للعامل ، أو كونها بمقابلة العمل صارت من جملة المؤن ، و الزكاة إنما هي على العفوأي الزايد ، لقول الله تعالى ^(١) « ويسألونك ما ذا ينفقون قل العفو » وغيره مما تقدم في محله ، بل لو أن السيّد يرى ملك العامل بعد بدو الصلاح أو بالقسمة ، فالمتبج أيضاً عدم الوجوب على المالك ، فضلاً عن العامل لأنه من جملة المؤن ، و ان لم ينثلّم النصاب بها .

نعم لو لم نقل باستثناء المؤن إلتبج وجوب الزكاة عليه ، كما في المسالك قال : « لان انتقالها عن ملكه حصل بعد تعلّق الوجوب ، كما تجب الزكاة على البايع لو باع الثمرة بعد بدو الصلاح ، لكن قد يشكّل بالفرق بينهما بالخروج عن ملكه قهراً مجاناً في الأول ، بخلاف الثاني ، على أن تمامية الملك معتبرة في الزكاة و هي هنا منتفية بتعلّق حق العامل المانع له عن التصرف ، و إن لم نقل بملكه :

﴿ تَعْمَةٌ ﴾

﴿ إذا دفع أرضاً إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسة باطلة ﴾ عندنا ، لأن الأصل الفساد ، وما عساه يظهر من بعض النصوص ، محمول على وقوع ذلك بعقد صلح أو اجارة جامعة للشرائط ، لا على مشروعية هذا العقد على نحو عقد المزارعة ، فإن الإجماع بقسميه على بطلانه .

﴿ و ﴾ حينئذ في الغرس لصاحبه ﴾ لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه ﴿ ولصاحب الأرض إزالته ﴾ بعد بطلان المعاملة فإن الناس مسلطون على أموالهم ،^(١) ﴿ وله الاجرة ﴾ عوضاً عما مضى من منفعة الأرض ﴿ لفوات ما حصل ﴾ له ﴿ إلا أن بسببه ﴾ من الشركة في الغرس باعتبار فساد المعاملة ، والفرض عدم دفعه الأرض مجتاًناً ﴿ و ﴾ لكن ﴾ عليه أرض النقصان ﴾ الحاصل على الغرس ﴿ بـ ﴾ سبب ﴿ القلع ﴾ وإن استحق له فإن استحقاقه لا يرفع ضمانه لما يحصل بفعله ، بعد أن لم يكن الغارس ظالماً ، كي لا يكون لعرقه حق ، وإتماً أقصاه فساد المعاملة التي وقع التراضي منها بها .

ولكن الكلام في كيفية تاريشه ، ففي المسالك « إن المراد به هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه ، على الوضع الذي هو عليه ، وهو كونه حال غرسه باقياً بأجرة ومستحقاً للقلع بالارث ، وكونه مقلوعاً لأن ذلك هو المعقول من أرض النقصان ، لا تفاوت ما بين قيمته قائماً مطلقاً ، ومقلوعاً ، إذ لا حق له في القيام كذلك ، ليقوم بذلك الحالة ، ولا تفاوت ما بين كونه قائماً بالاجرة ، ومقلوعاً لما ذكرنا من أن استحقاقه للقلع بالارث من جملة أوصافه ، ولا تفاوت ما بين كونه مستحقاً للقلع ، ومقلوعاً لتختلف بعض أوصافه أيضاً ، كما بيناه ، ولا بين كونه قائماً مستحقاً للقلع بالارث ومقلوعاً لتختلف وصف القيام بالأجرة ، وهذه الوجوه المنفية ذهب إلى كل منها

(١) البهادر ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

بعض ، إلى أن قال : والاول مع سلامته مما فيها لا يخلو من دور، لان معرفة الارش فيه متوقفة على معرفته ، حيث أخذ في تحديده ، والظاهر أن القيمة لا تختلف باعتباره ، وأن تقديره كذلك كتقديره معلوماً وقائماً بأجرة فلا يضرب مثل هذا الدور ولهذا الارش نظائر كثيرة ، تقدم بعضها .

قلت : قديقال : إلتها أو أكثرها مبنية على ملاحظة بقائه إلى منتهى عمره في قيمته ولذا لاحظ البقاء بالاجرة ، مع أنه لا يخفى عليك عدم استحقاق بقائه أصلاً ، لاسجائاً ولا بالاجرة وإنما ذلك يتبع التراخي بينهما ، فقد يرضى معه المالك بالأجرة أو بالمجانية ، فليس هو من أوصاف قيمته .

نعم لو قلعه غير المالك المستحق لقلعه ، أمكن حينئذٍ تقويمه عليه بنحو ذلك ، أما هو فقلعه له باستحقاقه ، ولكن يضمن أرض نقصانه الحاصل بالقلع ، بمعنى أنه إذا لحقه من حيث القلع نفسه نقصان ، ضمنه له ، وحيث لا يلحقه لم يضمن له شيئاً ، وهو المراد للمصنف وللشاهد في اللمعة ، « ولو نقص بالقلع ضمن أرضه » لأن المراد تقويمه من حيث بقائه الذي هو غير مستحق له أصلاً ، ومن الغريب ملاحظة كونه مستحقاً للقلع بالارش في أرضه ، مع أنه لا يكاد يحصل له معنى محصيل بالنسبة إلى قلع المالك له .

وبالجملة فالمراد ضمانه النقص الحاصل من حيث القلع إن حصل ، من غير ملاحظة للبقاء ، بمعنى أن هذه الشجرة لما قلعت نقصت بسبب القلع عن حال قيامها لامن حيث بقائها ، ومن ذلك يظهر لك ما في جملة من كتب الاساطين فلاحظ وتأمل . وكيف كان فكما يجب على المالك أرض النقصان الحاصل بالقلع ، كذلك يجب على العامل أرض نقصان الأرض . وطم الحفر وقلع العروق المتخلفة من المفلوع . ثم إنّه لم يفرق الاصحاب كما في المسالك وغيرها في جميع ما سمعت بين العلم بالبطان والجهل به ، بل تعليلهم كالصريح في ذلك ، وهو مؤيد لما قلناه سابقاً في المساقاة الباطلة مع العلم بالفساد ، وكان ثاني الشهيد بن رجب عمّا ذكره هناك ، حيث أنه بعد أن اعترف

بما سمعت قال هنا : «ولا يبعد الفرق بينهما ، فلا أجرة لصاحب الارض مع علمه ، ولا أرض لصاحب الفرس مع علمه ، أمّا الأول فللاذن في التصرف فيها بالحصّة مع علمه بعدم استحقاقها ، وأمّا الثاني فلظلمه بالفرس مع علمه بعدم استحقاقه ، ثم قال : ويمكن دفعه بأنّ الامر لما كان منحصراً فى الحصّة أو الاجرة ، لم يكن الاذن من المالك تبرّعاً فله الاجرة لفساد المعاملة ، والفرس لما كان باذن المالك ، وإن لم يكن بحصّة معروفة فعرقه ليس بظالم ، فيكون مستحقاً للارث .»

قلت : وهو قريب لما ذكرنا سابقاً من انهما بنيا المعاملة على الضمان ، وإن علما بفسادها ، وعدم ترتب ما تضمنته ، لكن مثل ذلك لا يقضى بالتبرع كما هو واضح .

ولو كان الفرس من مالك الارض فله الاجرة عليه بعد فساد المعاملة ، ولو ركب الفارس فيه نوعاً آخر ، كما في شجر التوت ونحوه ، فإن كان المركب للفارس نفسه فنماؤه له مدّة بقائه ، وعليه أجرة تركيبه على الاصل الذي لصاحب الارض ، وله إزالته مع الارض على حسب ما مرّ ، ضرورة عدم الفرق في الفرس بين كونه فى أرضه أو فى شجرته والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو دفع﴾ مالك الارض ﴿القيمة﴾ للفارس ﴿ليكون﴾ الفرس له ، لم يجبر الفارس ﴿للاصل ، ومموم﴾^(١) «تسلّط الناس على أموالها» ﴿وكذا﴾ لو دفع الفارس الاجرة لم يجبر صاحب الارض على التبقية ﴿لما عرفت أيضاً وقاعدة﴾ «لا ضرر ولا ضرار» لانقتضى الجبر في الافراد التي فيها هدم القواعد الشرعية والله العالم .

﴿ كتاب الوديعة ﴾

واحدة الودائع قال الكسائي على ما في الصحاح : يقال : أودعته مالا أي دفعته إليه يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً : إذا دفع إليك مالا يكون وديعة عندك ، فقبلتها ، وهو من الاضداد .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿النظر﴾ في هذا الكتاب يقع ﴿في أمور ثلاثة :
الاول : في العقد و هو ﴿ لفظ يقتضي ﴾ استنابة في الحفظ ﴿ والظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والاجارة و نحوها ، فيأتي البحث حينئذ في أنها أسماء للعقود أولاً ثارها وغاياتها المترتبة عليها ، أول المعنى الصادر من الموجب ، وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا ، وقد تقدم لك التحقيق في محله وأنّ الاصحّ الأخير ، وأنّ مرجع الجميع الى معنى واحد .

نعم قد ذكرنا هناك أنّ بعضهم ادّعى حصول هذه الاسماء بواسطة العقد وغيره ، فالبيع مثلاً يحصل بالعقد وبغيره ، وهو المسمى في عرفهم بالمعاطاة ، والظاهر أنّ الامر هنا عنده كذلك ، لاشتراكها في دعوى السيرة القطعية على وقوعها بغير العقد ، على أنها وديعة ، وإن كان قد يقال : بل يقوى أنّ ما يقع بغير ما ذكره من عقدها المتوسع فيه وفي غيره من العقود الجائزة أمانة ، لا وديعة ، بحيث يجري عليه حكمها المخصص بها ، كقبول دعوى الرد فيها ونحوه ، وإن كان يطلق عليه اسم الوديعة تسامحاً ، أو لعدم تمييز بين العنوانات الشرعية ، نحو اطلاقهم اسم البيع على إباحة العين من كل وجه بعوض عنها كذلك .

ثم إنّ الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه بالالفاظ ، دون الافعال والمركب منها ومن الاقوال ، لكن قد يظهر من المصنف وجماعة بل هو صريح بعضهم بتحقيق العقد الجائر بالايجاب اللفظي والقبول الفعلي ، ولم نجد له شاهداً فإن

الباقى على أصالة عدم المشروعية ، مضافاً إلى أن الحصّة من الأصول تدخل في ملكه حينئذٍ فلا يكون العمل المبذول في مقابلة الحصّة واقعاً في ملك المالك ، ولا واجباً بالعقد ، إذ لا يعقل أن يشترط عليه العمل في ملك نفسه ، وهو المحكى عن الأكثر كالطوسي والحلي وغيرهما ، بل في الرياض « لم أقف على مخالف صريحاً ولا ظاهراً » .

قلت : ﴿ و ﴾ لكن الإصاف مع ذلك أن ﴿ فيه ترددا ﴾ مما عرفت ، ومن عموم (١) « أو فوا » و (٢) « المؤمنون عند شروطهم » ، وبحو ذلك الذى جزموا بصحة اشتراط الذهب و الفضة وغيرهما كما ستعرفه ، و احتمال الفرق بينهما - بأنه فى الفرض قد جعل الحصّة من النماء فى مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ، ومع فرض صيرورة جزء من المال له بالشرط ، لم يكن العمل بجميع المال المملوك للمالك فلم يستحق مجموع الحصّة المشترطة له ، لاخلاله بالشرط و هو العمل بالجميع ، فيبطل العقد - يدفعه أن الاشتراط المزبور كاستثناء من العمل بجميع المال ، بل هو بيان لاستحقاق الحصّة بالعمل فيما يخص المالك ، والباقى بتبعية النماء للملك . و التحقيق البطلان مع أخذ الحصّة من الأصول عوضاً على حسب الحصّة من الفائدة ، لعدم ثبوت شرعية المساقاة على هذا الوجه ، ولا صلاحيتها لتمليك عوض غير الحصّة من الفائدة من غير فرق بين الحصّة من الأصول ، والذهب والفضة وغيرهما . أمّا لو أخذ على جهة الشرطية التى هي سبب أيضاً فى التمليك ، فالظاهر الصحة لعموم الأدلة الذى لا فرق فيه بين ذلك وبين اشتراط الذهب و الفضة ، و لعله بذلك يلتئم الكلام أجمع و الله العالم .

﴿ ولو ساقاه بالنصف ﴾ مثلاً ﴿ إن سقى بالناضح ، وبالثلث إن سقى بالسايح بطلت المساقاة ، لأن الحصّة لم تتعين ﴾ مع التردد و التعليق ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ، و من أنها معيّنة على كل من تقديرين ، فهي كالأجارة على خياطة الثوب بدرهم إن كان رومياً ، وبدرهمين إن كان فارسياً ، بل المساقاة فى الحقيقة

(١) سورة المائدة الآية - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث - ٤ .

قسم من الاجارة .

ولكن لا يخفى عليك أن الأشبه بأصول المذهب وقواعده الاول لعدم كون ذلك تعييناً رافعاً للجهالة ، بل ولاجزماً ، وجوازه في الاجارة لوقلنا به لدليل خاص لا يقتضى الجوازهنا ، بعد حرمة القياس ، ومعلومية استقلال عقد المساقاة عن عقد الاجارة كما هو واضح والله العالم .

﴿ويكره أن يشترط رب الأرض على العامل مع الحصّة شيئاً من ذهب أوفضة﴾ بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد ، ولعلّ مثل ذلك كاف في ثبوتها المتسامح فيه .

﴿لكن﴾ لإشكال في أصل الجواز عندنا ، فلا ينبغي التوقف فيه لمعوم^(١) «المؤمنون» مع عدم كونه منافياً لمقتضى العقد وللشّرع ، فيجوز حينئذٍ و﴿يجب الوفاء بالشرط﴾ هذا .

﴿و﴾ قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه ﴿لو تلفت الثمرة﴾ أجمع بآفة سماوية أو ارضية ﴿لم يلزم﴾ الوفاء به وكذا إذا لم تخرج وإلا كان أكل مال بالباطل ، لامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر ، فإن الشرط جزء من العوض .

لكن في جامع المقاصد وإنّ الحكم في الصورة المفروضة واضح ، أما العكس وهو الشرط من العامل على المالك فظاهر إطلاق عبارة التذكرة والتحرير أنه كذلك ، وفيه نظر ، لأنّ العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل ، والشرط قد وجب بالعمل ، فكيف يسقط بغير مسقط ، فإنّ تلف أحد العوضين لا يوجب سقوط البعض الآخر مع سلامة العوض الآخر ، وتبعه في المسالك .

قلت : قديقال : إنّ المدرك لذلك هو بطلان المساقاة الذي يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائدة التي هي ركن في المساقاة ، وعدم بطلان البيع في بعض الصّور الخاصة بعدم خروج الثمرة لدليل مخصوص ، لا يقتضى الجوازهنا ، كما أنّ الإقدام

(١) الوسائل الباب - ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٢ .

عليه معدوماً للعادة ، لا يقتضى الصحة مع تخلفها ، وربما شهد لذلك في الجملة ما اعترف به في جامع المقاصد في فرع ذكره في مسألة هرب العامل «أنه لا يجب عليه إكمال العمل تمام المدّة مع عدم خروج الثمرة أو تلفها» كما عن التذكرة احتماله أيضاً إذا وجه له إلاّ انفساخها بذلك ، وإلاّ لوجب الإكمال كما هو خيرة المسالك ظاهراً مشبهاً له بعامل القراض الذي لم يربح مع وجوب الانضاض عليه إلاّ أنه احتمال أخيراً كونه كتلف العوض المعين في البيع قبل قبضه الموجب للإفساخ ، ثم قال : « وفيه نظر . »

قلت : بل النظر في غيره ، ضرورة قصد المعاوضة في المساقاة بخلافه في المضاربة التي يراد منها الحصّة من الربح الذي قد يحصل وقد لا يحصل ، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينة بحصول الثمرة ، ولا يكفي الاحتمال عندهم ، وحينئذ فلا إشكال في الحكم المزبور ، إنما الكلام في تلف البعض ، فقد يظهر من المصنف عدم سقوط شيء من الشرط به ، لظهور كلامه في اعتبار تلف الجميع في السقوط .

لكن في القواعد «وفي تلف البعض أو قصور الخروج إشكال» وفي جامع المقاصد « ينشأ من أن الشرط محسوب من أحد العوضين ، ولا ريب في أن مجموع أحد العوضين مقابل بمجموع الآخر فيقابل الأجزاء بالأجزاء فإذا تلف بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الآخر ، ومن ثم لو لم تخرج الثمرة أصلاً أو تلف جميعها سقط المشروط كله ، ومن أن مقابلة الأجزاء بالأجزاء في عوض المساقاة منتفية ، لأن الفائت والتالف عند حصول التلف أو نقصان الخروج غير معلوم ، فلو تحققت المقابلة لم يكن الساقط في مقابله معلوماً ، ولذلك لو تلف بعض الثمرة أو نقص الخروج عن العادة لم يسقط شيء من العمل أصلاً ، ولأن العامل يملك حصته من الثمرة بالظهور ، فإذا تلف بعضها تلف في ملكه بعد استحقاقه إيّاه بالمعاوضة ، فلا يسقط بتلفه شيء من العوض الآخر .

لا يقال : فعلى هذا إذا تلف الجميع يجب أن لا يسقط الشرط لعين ما ذكر .

لأننا نقول : ذلك ضرر فينفى بالحديث ^(١) واعلم أن الأشكال في قصور الخروج لوجه له أصلاً لأنّ العوض هو ما يخرج قليلاً كان أو كثيراً لا ما يتوقع خروجه بحسب العادة ، فكيف يعقل سقوط شيء من المشروط بتخلف المادة ، أمّا تلف البعض فإنّ الأشكال فيه وإن كان لا يخلو من وجه إلا أنّ عدم سقوط شيء أقوى ، لما قرئناه ، ويؤيده عموم ^(٢) « أوفوا بالعقود » ^(٣) و « المؤمنون عند شروطهم » وتبعه على ذلك كلّه في المسالك .

قلت : لعله أيضاً مبنياً على ما عرفت من بطلان المساقاة في خصوص الفائت . فيكون من تبعث الصفقة في المساقاة ، وبالجمله إن فائت الفائدة لو كان معلوم الحال وقت العقد لم تكن المساقاة عليه صحيحة ، والجهل بحاله من أول لا يصير سبباً للصحة في الواقع .

نعم هذا كلّه في عدم الخروج مثلاً أما التلف بعده فقد يقال : إنّ مبناه اعتبار الإدراك في الفائدة التي هي ركن في المساقاة ، لعدم النفع بها دونه وعدمه ، فعلى الأول يتجه البطلان بخلاف الثاني .

وعلى كلّ حال فليس للعامل في مقابلة عمله إلا ما حصل من الفائدة كما أنه ليس له شيء مع فرض عدمها أصلاً لا قدمه على ذلك فتأمل جيداً والله العالم .

الفصل السادس : في أحكامها *

أى المساقاة * وهي مسائل : الأولى كل موضع تفسد فيه المساقاة * أى يعلم فساد أصل انعقادها * فللعامل أجره المثل * لاسألة احترام عمل المسلم الواقع بالأذن

(١) الوسائل الباب ١٧ - من ابواب الخيار الحديث - ٢٥٣ و ٥ .

(٢) سورة المائدة الآية - ١ .

(٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

من استوفاه ، ﴿ والثمرة لصاحب الأصل ﴾ المملوك له فيتبعه نفاؤه مع فرض عدم الناقل له شرعاً عنه ، من غير فرق في ذلك بين العلم بالفساد والجهل به ، وبين كون الفساد من اشتراط كون الثمرة للمالك وغيره كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره ، بل في المسالك « نسبه إلى الأكثر » ووجهه ما عرفت من أصالة احترام عمل المسلم ، بعد العلم بعدم كون ذلك من المتبصر المسقط للأجرة له ، أو الشك فيه ، والرضا بالعقد الفاسد أو بالعقد المتضمن لعدم الأجرة ، ليس رضا بالعمل بلا أجرة ، فإن الحيثية ملاحظة ، بمعنى كون المتشخص منه في الخارج الرضا بالعقد الذي لا يترتب عليه ذلك ، والعمل الصادر منه إنما هو من حيث انه مقتضى العقد الفاسد ، لأنه رضي منه بالعمل في حد ذاته وفي نفسه بلا عوض ، فمع فساد العقد الذي قد وقع العمل على مقتضاء معاملاً معاملة الصحيح ، يبقى احترام العمل بنفسه .

فما في المسالك - تبعاً لجامع المقاصد من تقييد إطلاق المصنف وغيره بما إذا لم يكن العامل عاملاً بالفساد ، وبما إذا لم يكن الفساد باشتراط كون الثمرة أجمع للمالك لكونه في الصورتين متبرعاً لا يستحق على عمله شيئاً كما ترى ، لا يخلو من نظر ، وأولى منه في ذلك ماعن الشهيد من أن الواجب له حيث يجب له أقل الأمرين من الحمسة وأجرة المثل ، لا إقدامه على التبصر بما زاد عليها مع نقصانها عن أجرة المثل ، إذ لا يخفى أن إقدامه على العقد المقتضى لذلك بعد فرض فساده لا يقتضي الزامه وترتيب حكمه عليه ، فيبقى احترام عمله في نفسه على ما تقتضيه الضوابط الشرعية ، من ضمائه بأجرة المثل كما هو واضح بأدنى تأمل والله العالم .

المسألة الثانية : إذا استأجر أجيراً للعمل بخصصة منها ﴿ أي الثمرة ﴾ فإن كان ﴿ قبل ظهورها لم يجز قولاً واحداً ، لكونها معدومة ، وجواز جعلها عوضاً في المساقاة للدليل لا يقتضي الجواز هنا بعد حرمة القياس وإن كان ﴾ بعد بدو الصلاح جاز ﴿ بلا خلاف ولا إشكال ، لعموم الأدلة وإطلاقها السالمين عن معارضة ما يقتضى المنع ﴾ ، وإن كان بعد ظهورها ﴿ ومولها مقطوعة ﴾ وقبل بدو الصلاح بشرط القطع ، صح إن استأجره بالثمرة أجمع ﴿ قيل بناءً على اعتبار ذلك في البيع الذي

قد عرفت قوة جواز ذلك فيه ، بدون الشرط المزبور الذي بمكن ارادة الكناية به عن ملاحظتها نفسها حال العقد ، لاحال بدو صلاحها الآتى مثلاً ، وإلا فاشتراط القطع من حيث كونه اشتراطاً ، لامدخلية له في ماليته على وجه يصلح كونه مبيعاً وأجرة ، فلا بأس حينئذٍ مع شرط القطع أو شرط البقاء مدّة معلومة ، ولا يكون بذلك مبيعاً أو أجرة حال ادراكه الذي هو معدوم الان ، وإنما يكون حالاً طارئاً على ملكه . وبذلك يظهر أن مدرك الجواز ، الأصول والقواعد ، لا القياس على البيع الممنوع عندنا ، ولعلّه لذالم يذكر المصنّف الجواز مع الضميمة ، أو العامين كما ذكره في البيع ، فافقه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع إلا مع الضميمة أو العامين يختص البيع بالجواز ، لدليله ، ولا يقاس عليه ما هنا مع احتماله ، بل جزم به في المسالك قال « وتركه المصنّف إتكالاً على ما ظهر من ذكر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحكم في المقامين .

﴿ ولو استأجره ببيعها قيل : لا يصح لتعذر التسليم ﴾ لا يمكن عدم إذن الشريك ، فيتعذر القطع المعتبر اشتراطه في الصّحة ﴿ والوجه الجواز ﴾ كما في المسالك قال : « لا يمكن القطع والتسليم بالأذن ، كما في كل مشترك ، ولو فرض امتناع الشريك تمكّن باذن الحاكم » .

قلت : مع فرض كون الشريك المستأجر يتجه حينئذٍ الصّحة ، للتمكن من اشتراط القطع عليه برضاء ، والتزامه به ، أمّا إذا كان غيره وقلنا بعدم جواز القسمة بالخرص والتخمين ، وعدم جواز الإيجابار على القطع قبل الإدراك ، لما فيه من الضرر ، يشكل الجواز حينئذٍ ، بعدم احراز الشرط المعتبر في الصّحة ، بناء على اعتباره ، وإن كان قد عرفت قوة عدمه إلا إذا أريد به الكناية عما ذكرنا .

وقد تقدم لنا في بيع الثمار ما ينفع ملاحظته في المقام ، خصوصاً في الفرق بين النخل وغيره من الاشجار ، مع أن المصنّف لم يشر إلى شيء من ذلك ، وكان غرضه المعظم الفرق بين المساقاة والإجارة ، من جواز الأولى بحصة منها قبل الظهور ،

لكونها مشروعة على ذلك ، بخلاف الثانية التي هي باقية على مقتضى القواعد ، من اعتبار المعلومية في الأجرة ، ولذا اقتصر على اشتراط القطع دون الضميمة والعامين ، المحتمل كون جوازهما في البيع ، للدليل الخاص من الاجماع أو غيره . والله العالم .

المسألة الثالثة : إذا قال : ساقيتك على هذا البستان بكذا ، على أن أساقيتك على الآخر بكذا قيل : **﴿ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴾** يبطل **﴿ لأنه ﴾** كالبيعين في بيع ، ولعدم لزوم هذا الشرط الذي هو بمنزلة الوعد ، والفرض أنه سبب في زيادة العوض أو نقصانه ، ولم يعرف مقدار ذلك فيتجهل ويبطل ، وكذا الكلام في بعتك هذا العبد بكذا ، على أن تبيعني عبدك بكذا . نعم لو ساقاه على الحديقتين صفقة صح ، وإن اختلفت الحصّة .

﴿ ولكن لا يخفى أن ﴾ الجواز أشبه **﴿ بأصول المذهب وقواعده ، ضرورة عدم كونه من ذلك المفسر بالبيع بثمانين إلى أجلين مثلاً ، أو على تقديرين ، و تناول « أوفوا بالعقود » التي منها المشتملة على الشرائط للمفروض ، مضافاً إلى عموم ^(١) « المؤمنون عند شروطهم » فيجب الوفاء حينئذ به ، وإن سلم كونه وعداً لم يقدح ، وإن صار داعياً لزيادة العوض أو نقصانه كما هو واضح .**

وأضعف منه ما عن ابن الجنيّد حيث قال : **« لا اختار إيقاع المساقاة صفقة واحدة على قطع متفرقة بعضها أشق عملاً من بعض ، إلا أن يعقد ذلك ويشترط في العقد ، العقد على الأخرى ، إذ هو كما ترى أيضاً لادليل عليه ، فالتحقيق الجواز في الصورتين والله العالم . »**

المسألة الرابعة : لو كانت الأصول لاثنتين **﴿ مثلاً ﴾** فقالا لواحد **﴿ مثلاً ساقيتك ﴾** على أن لك النصف مثلاً صح ، وإن لم يعلم لصيب كل واحد منهما ، لعدم مدخلية ذلك في العلم بحصته ، وليس لإتعداد المالك ، وهو غير مانع كباقي الصور المتصورة في المقام بالنسبة إلى اتحاد المالك والعامل ، وتمدهما .

نعم لو قال له : ﴿ على أن لك من حصة فلان النصف ، ومن حصة الآخر الثلث صح ﴾ أيضاً ولكن ﴿ بشرط أن يكون عالماً بقدر نصيب كل واحد منهما ﴾ وحينئذٍ ﴿ لو كان جاهلاً بطلت المساقاة لتجهيل الحصة ﴾ كما هو واضح هذا . وقد ذكر في المسالك بعض الصور لبيان كيفية القسمة بينهم ، للتدريب لفائدة في ذكرها . والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا هرب العامل ﴾ غير المعين في أثناء العمل ﴿ لم يبطل المساقاة ﴾ قطعاً أصالة صحتها ، بل ظاهر الأصحاب هنا بقاءها على اللزوم ﴿ فـ ﴾ ليس للمالك الفسخ بمجرد ذلك ، خصوصاً ﴿ إن بذل العمل عنه باذله ﴾ وإنما يرفع أمره إلى الحاكم فيطلبه ويجبره على العمل ، فإن تعذر ذلك استأجر من ماله من يعمل عنه ، أو بأجرة مؤجلة إلى وقت الثمرة ، ومع فرض ظهورها وبدو صلاحها استأجر بحصته أجمع أو بعضها ، أو بالاقتراض عليه .

﴿ أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه ﴾ ولو على جهة القرض عليه أو بغير ذلك من الصور التي يحصل بها الحق بمن عليه إلى من هو له ، لأنه ولي كل ممتنع ، لقوله تعالى ^(١) « إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا » وحينئذٍ متى حصل أحدهما ﴿ فلا خيار ﴾ للمالك لعدم الضرر عليه مع أصالة اللزوم .

ولكن قد يقال : إن منافع ما يستفاد منهم في غير المقام ، كالخيار بعدم الوفاء بالشرط ، كالخيار بتأخير الثمن ، وبالامتناع عن العمل وتسليم العين المستأجرة ، وبحوزة ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شيء من ذلك ، من غير مراجعة إلى الحاكم ، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم ، شرع له الشارع الفسخ ، وكان العقد في حقه جائزاً دفعاً للضرر به بذلك ، لقاعدة ^(١) « لا ضرر ولا ضرار » .

(١) سورة المائدة - الآية ٥٥ .

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار الحديث ٣ - ٤ - ٥ .

المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الإيجاب القولي والقبول القولي ، والفاظهما هي التسمية بصيغ العقود نعم لا ينكر تحقق إسم الأمانة مثلاً بالمفروض وبغيره من الفعلين ، وذلك لا يقتضى تحقق اسم العقد ، بل ولا إسم الوديعة .

وعلى كل حال فلا خلاف ممن يعتد به ولا اشكال فى اعتبار إنشائية الرّبط بين الإيجاب و القبول فى الوديعة مثلاً ، سواء كانت بالأقوال أو الأفعال ، بناء على تحققها بها ، نحو البيع والصلح والإجارة وغيرها من العقود لأنها من الإذن والإباحة التي لم يلحظ فيها الرّبط بين القصدين ، والراضين الطرفين ، نحو إباحة الطعام .

وتظهر الثمرة فى أمور ، منها : إنفساخ الوديعة بفسخ كل منهما ، فليس له الرجوع إليها بدون تجديد ، بخلاف الإذن ، فإن له الرجوع إليها لم تظهر تقييدها ، وإن رفع يداً عنها أولاً ، إذ لا فسخ بالنسبة إليها ، ولم يحصل ما يقتضى رفع الاثر الحاصل منها كما هو واضح .

ثم إن تعريف المصنف العقد بما سمعت ، فيه ما لا يخفى .

نعم يمكن أن يكون تعريفاً للوديعة كما فى النافع لاعتقدها ، اللهم إلا أن يريد لفظاً يقتضى استنابة فى الحفظ كما سمعته منا فى تعريفه ، ولا يرد عليه أنه ينبغى ضمّ القبول معه حينئذ ، وذلك لمعلومية توقف تحقق الاستنابة على النيابة ، نحو تعريفهم البيع بالنقل ، كما أنه لا يرد عليه الوكالة على بيع شيء فى يد الوكيل مثلاً ، لكون المراد هنا الاستنابة بالذات ، بخلاف الوكالة التي يقصد فيها شيء آخر ، ويتبعه الحفظ لكونه أمانة .

﴿و﴾ على كل حال فلا إشكال فى أنه ﴿يفتقر إلى إيجاب وقبول﴾ كما فى كل عقد ، بل قد عرفنا ما هو كالمعاطاة فيها بناء على مشروعيته محتاج إلى معنى الإيجابية والقبولية المقصود فيهما الإنشاء من الطرفين ، مع ربط رضا كل منهما وقصده بالآخر ، فضلاً عن العقد .

﴿و﴾ لكن ينبغى أن يعلم أن عقد هاهنا ﴿يقع بكلّ عبارة دلت على معناه﴾

حقيقة أو مجازاً سواء ذلك في الإيجاب والقبول ، وذلك للتوسّع فيها عندهم ، بل قد تقدم لنا بيان قوة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة ، فضلاً عن الجائزة ، بل ذكر المصنف رحمه الله وغيره هنا أنه ﴿يكفي الفعل الدال على القبول﴾ وظاهرهم الاكتفاء به في تحقق العقديّة ، قالوا لكونه أصرح من اللفظ ، ويجب به الحفاظ والضمان مع سببه ، بخلاف القول ، لكن قد عرفت ما فيه .

وأغرب من ذلك ما عن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الإيجاب قياساً على الوكالة التي لم يثبت فيها ذلك ، وربما يحتمل ذلك في قول المصنف بعد ذلك «ولو طرح» إلى آخره كما تسمعه في شرحه .

نعم يمكن دعوى تحقق الوديعة بالفعلين من الجانبين ، فضلاً عن أحدهما ، بناء على تحقق البيع وغيره بذلك ، فضلاً عنها ، لا تحقق العقد الذي هو اصطلاحاً المركب من الإيجاب والقبول اللفظيين ، وإن كان قد عرفت ما فيه أيضاً من تحقق الإباحة والأمانة بذلك ، لا البيع والوديعة ، كما أنه يمكن إرادة المصنف في المقامين ذلك ، لا عقدهما ، وإن كان خلاف ظاهره في القبول ، فيكون حاصله تحقق الوديعة بالعقد الذي يكفي في إيجابه وقبوله كلّ عبارة ، وتقع بالأفعال من الجانبين ، وبالمركب منهما ، وإن لم يسم ذلك عقداً اصطلاحاً ، وهذا وإن كان أهون من الأول إلا أن فيه ما تقدم .

وكيف كان فقال ﴿ولو طرح﴾ معين التي يريد جعلها ﴿وديعة عند﴾ من قصد استبداعها منه ﴿لم يلزمه حفظها إذا لم يقبلها﴾ قولاً ولا فعلاً ، لعدم تحقق الوديعة التي لا إشكال في اعتبار القبول أو ما في معناه فيها ، سواء كانت بعقد أو بغيره مما في حكم المعاطاة بناء على مشروعيتها فيها ، فلو تركها حينئذٍ وذهب لم يكن عليه ضمان ، للأصل .

لكن في المسالك دياًئم إن كان ذهابه بعدما غاب المالك ، لوجوب الحفاظ من باب المعاونة على البر وإعانة المحتاج ، فيكون واجباً على الكفاية ، وفيه ما لا يخفى ، أمّا إذا قبلها كذلك جرى عليها حكم الوديعة ، من وجوب الحفاظ وغيره ، بل قد

يحتمل من المسالك ضمانها لو تركها حينئذٍ والمالك حاضر ، فإنه بعد أن حكى عن التذكرة أن ذلك ردّ للوديعة ، قال : «ويشكل تحقق الردّ بمجرّد الذهاب عنها مع حضور المالك ، لاصالة بقاء العقد ، وكون الذهاب أعمّ منه مالم ينضم إليه قرائن تدلّ عليه ، وإن كان قد يناقش حينئذٍ بآلته وإن كان الذهاب أعمّ من ذلك إلا أن الظاهر عدم ضمانه بالذهاب المزبور ، لعدم صدق التفريط ، والأصل براءة الذمّة » ولعلّه لا يريد الضمان ، وإلّما يريد عدم انفساخ العقد بذلك .

ثم لا يخفى ظهور العبارة المحكي مثلها عن التذكرة والإرشاد والتجريد واللمعة والروضة في تحقق الوديعة بالطرح المزبور مع القبول فعلاً أو قولاً . نعم لادلالة فيها على تحقق العقد بذلك ، فما في المسالك من انكار ذلك ، باعتبار أن وجوب الحفظ المترتب على القبول أعمّ من كونه بسبب الوديعة ، لأنّه قد يكون بسبب التصرف في مال الغير - في غير محلّه ضرورة ظهور العبارة في تحقق الوديعة بالقبول ، ويتبعه وجوب الحفظ .

نعم لادلالة فيها على كون ذلك عقداً وهو متجه ، بناء على تحققها بدونه ، على قياس معاطاة البيع والصّلح والإجارة وغيرها التي هي منها ، هذا كله في الطرح بعنوان الاستيداع .

أمّا إذا كان مجرداً عن ذلك فلا يتحقق الوديعة مع القبول قولاً أو فعلاً . لعدم تحقق إيجابها المتوقف عليه تأثير القبول ، وإن وجب عليه الحفظ في الثاني إذا كان قد قبضه ، لعموم^(١) « على اليد » بل الظاهر وجوب ضمانه عليه ، لعدم تحقق الاذن له في قبضه .

ومما ذكرناه يظهر لك الحنك في جميع صور المقام وإن أطنب فيها في المسالك لكن مع تشويش في كلامه في الجملة ، وربما ظهر منه اعتبار التلفظ بما يدلّ على إرادة الإيداع مع الطرح في تحقق الوديعة ، ولا ريب في فساده بناء على صدقها مع دلالة غيره من الإشارة المفهمة والكتابة وغيرها وإن لم يتحقق بذلك عقدها ،

لكن يتحقق معاطاتها كما سمعته سابقاً فلاحظ و تأمل هذا .

و قد يحتمل في عبارة المتن إرادة بيان عدم وجوب الحفظ على المستودع و إن حصل عقد الوديعة إذالم يقبل قبضها ، لمعلومية عدم لزوم العقد ، كي يترتب عليه بعد حصوله ذلك ، وربما يؤمى إطلاق لفظ الوديعة المقتضى تحقق الوصف فيها بإجراء عقدها فيما بينهما ، ومن ذلك ينقدح حينئذ اعتبار القبض في ترتيب أحكام الوديعة من الحفظ وغيره ، بل الظاهر عدم وجوب القبض عليه ولو شرطيا ، مع احتمال كون الشرط القبض و الفسخ ، كما تسمعه إنشاء الله في نظيره ، بل قد يتوقف في جواز القبض بدون الإذن من المالك و إن حصل العقد بينهما ، مع احتمال حصول الإذن منه بالعقد . ولكن قد يشكل بناء على اشتراطه في الصحة بعدم اقتضاء ذلك ، إذ هو حينئذ كالقبض في الهبة . نعم لو قلنا بعدم كونه شرطاً في ذلك اتجه عدم الإذن فيه ، ولم أجد تحريراً في كلام أحد لذلك ، وربما يأتمى له تنمة عند قوله « وإذا استودع » الى آخره .

❖ و كذا لو أكره ❖ المودع أو غيره المستودع ❖ على قبضها ❖ وديعة ❖ لم تصر وديعة ❖ بذلك لمعلومية اعتبار الاختيار في قبولها ، ❖ و ❖ حينئذ فـ ❖ لا يضمنها لو أهمل ❖ حفظها . نعم لو رضى بذلك بعد الإكراه على وجه الإجازة للأول صارت وديعة ، بناء على تأثير إجازة المسكره ، لأن رضاه و وضع يده المتبجد دين يكون قبولاً جديداً باعتبار عدم اعتبار مقارنة هذا القبول للإيجاب كما في المسالك ، و إن كان هو ممكناً أيضاً ، لكن مع قصده ، لا مع حصول الرضا بما وقع سابقاً على نحو بيع المسكره و تكاحه ، وتظهر الثمرة في الضمان بالتفريط السابق و غيره ، بل قد يقال : بعدم صحته حتى مع القصد المزبور ، و ذلك لأن العقد الأول بعد حصول الإرباط فيه بين الإيجاب والقبول إما أن يجاز فيصح ، أولاً فيبطل هو و إيجابه ، ولا يجدى القبول المتبجد .

و على كل حال فمما ذكر يظهر لك الحال فيما في المسالك ، حيث قال : « يجب تقييد ما في المتن بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختاراً ، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة ، و إن لم يجب بالإكراه ، و هل يصير بذلك

وديعة أم أمانة شرعية ، يحتمل الأول ، لأن المالك كان قد أذن له ، واستنابه في الحفظ ، غايته أنه لم يتحقق معه الوديعة ، لعدم القبول الاختياري ، وقد حصل الآن و المقارنة بين الإيجاب و القبول غير لازمة ، ومن الغاء الشارع ما وقع سابقاً ، فلا يترتب عليه أثره و يشكل بأن الغاء بالنظر إلى القابض ، لا بالنظر إلى المالك ، ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنية الاستيداع و عدمه ، فيضمن على الثاني ، دون الأول ، إعطاء لكل واحد حكمه الأصلي .

مضافاً إلى ما في ذيل كلامه مما يظهر منه كون المفروض أو لا مجرد وضع يد جديدة بعد زول الإكراه ، و من المعلوم عدم تحقق الوديعة بذلك ، لما علمت من اعتبار القبول فيها ، و هو غير متحقق بذلك قطعاً .

بل و منه أيضاً يعلم ما في الرّياض الذي قد تبع فيه المسالك ، بل ظاهره الحكم بالضمان باليد الجديدة حتى لو قلنا بكونه وديعة ، قال فيه : « و كذا لو أكره على القبض لم يضمن مطلقاً إلا مع الإلتلاف ، أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن حينئذٍ جداً ، لمهوم الخبر المتقدم ، وهل تصير بذلك حينئذٍ وديعة لا يجب ردها إلا مع طلب المالك ، أو من يقوم مقامه أو أمانة شرعية يجب إيصالها إلى المستحق فوراً ، و بدونه يضمن مطلقاً ، وجهان » ثم ذكر ما سمعته من المسالك من الإحتمال إلى أن قال : « و الأول لا يخلو من وجه ، و إن كان الثاني أوجه » .

و كأنّه مناف لما سمعته سابقاً من الضمان حتى على تقدير كونه وديعة ، فلاحظ و تأمل بل مما ذكرنا يظهر لك الحكم أيضاً فيما لو كان المودع و المستودع مكرهين و إن وجب على المستودع حينئذٍ الحفظ باعتبار استيلاء اليد ، لا لكونها وديعة كما هو واضح . بل قد يقال : بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثية ، حتى في صورة إكراه المستودع أو المودع ، خصوصاً مع كون المكره أجنبياً و خصوصاً مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البر فتأمل جيداً . والله العالم .

﴿ وإذا استودع ﴾ و قبل ذلك ﴿ وجب عليه الحفظ ﴾ بلا خلاف أجده ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه ، مضافاً إلى ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتاباً ، و

عقلا ، و سنة متواترة ، و اجماعاً بقسميه ، و إلى كونه مقدّمة لوجوب اداء الأمانة و ردّها إلى مالكيها ، ولا ينافي ذلك جواز الوديعة ، فإنّ المراد مادام مستودعا ، أو التخيير بينه ، و بين الرّد إلى المالك .

إنّما الكلام فيما في المسالك « من أنّ قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً ، كما إذا كان المودع مضطراً إلى الاستيداع ، فإنّه يجب على كلّ قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفاية ، ولو لم يوجد غير واحد تمين عليه الوجوب ، و في هذين الفردين وجوب الحفظ واضح ، وقد يكون مستحبّاً مع قدرته و ثقته من نفسه بالأمانة ، و كون المودع غير مضطر ، لما فيه من المماونة على البرّ الذي أقلّ مراتب الأمر به الاستحباب ، و قضاء حوائج الإخوان و قد يكون محرّماً كما إذا كان عاجزاً عن الحفظ ، أو غير واثق من نفسه بالأمانة ، لما فيه من التعرّض للتفريط في مال الغير ، و هو محرّم ، و مثله ما لو تضمنّ القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ونحو ذلك ، و بهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و عدمه . »

وفيه : أنّ الحفظ إلى أن يردّه على المالك على كلّ حال واجب حتى في الصورة المحرّمة التي لا تقتضي فساد عقد الوديعة باعتبار كونها لأمر خارج ، مع أنّه قد يناقش في أصل الوجوب فيما فرضه ، لأصالة براءة الذمة من وجوب حفظ مال الغير كما أنّه قد يناقش في الحرمة في صورة عدم الوثوق بنفسه ، ضرورة تكليفه بعدم الخيانة ، كما هو واضح و الله العالم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ لا يلزمه ﴿ أي المستودع ﴾ دركها لو تلفت من غير تعدّ فيها ولا ﴿ تفريط أو أخذت منه قهراً ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى الأصل ، و قاعدة الائتمان المعلوم من الكتاب و السنة و الأجماع و العقل عدم استتباعها الضمان .

نعم لو كان هو الساعي في أخذها قهراً منه ، توجه الضمان حينئذٍ لصدق الخيانة و التفريط معه ، بل ربما ظهر من ثاني المحققين الضمان بمجرّد إخباره بها و إن لم

يمكن على وجه السعاية ، و من آخر ذلك أيضاً بإخبار اللص ، وإن لم يعين له مكانها ، إلا إذا صادفها اللص مصادفة ، خلافاً لمحكي التذكرة ، فلم يضمه مع عدم تعيين المكان ، بخلاف ما إذا عينه .

و التحقيق الحكم ببراءة ذمة الأمين ، و خصوصاً الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان ، ولوللشك في الإدراج تحت ما جعلوه عنواناً له من التعدي والتفريط ، لأن عموم على اليد وبحوه مخصص بقاعدة الايمان ، وبذلك حينئذٍ ظهر لك المعيار الذي يرجع إليه في جميع هذه الافراد ، و هو المراد من الفقيه تحريره ، لا خصوص الجزئيات التي لا انضباط لشخصاتها الحالية وغيرها .

ثم لا فرق في الأخذ قهراً بين أن يتولى أخذها من يده ، و بين أن يأمره بدفعها إليه بنفسه ، فيدفعها له كرهاً ، لصدق الاكراه و عدم التفريط فيهما ، ولا ضمان عليه فيهما ، و إنما ضمان المال على الظالم ، فليس للمالك حينئذٍ مطالبة بوجه ، وفاقاً للأشهر ، بل المشهور ، و خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح ، و أبي المكلام ، و الفاضل في التذكرة ، و محكي التحرير من جواز رجوع المالك عليه مع مباشرته الدفع بنفسه إلى من أمره الظالم ، لأنه باشر تسليم مال الغير بيده ، فيشمله عموم (١) « على اليد » و إن كان قرار الضمان على الظالم .

إلا أنه كما يرى منافي لا إطلاق ما دلّ على عدم ضمانه مما عرفت ، بل واقاعدة الإحسان وغيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد .

نعم لا اشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة اتلافه بنفسه ، ولو على جهة الإلتفاف به ، لقاعدة الأتلاف التي لم يثبت تخصيصها بقاعدة الايمان لكن من جهة قوة السبب هنا على المباشرة ، كان قرار الضمان عليه ، لأصل جواز الرجوع ، و ما عساه يقال : بأنه منافي لقاعدة عدم ضمان الأمين بغير التعدي و التفريط ، و خصوصاً الوديعة قال زرارة في الصحيح : (٢) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة قال : فقال :

(١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٢) الوسائل الباب - ٢ من ابواب احكام الوديعة الحديث - ٤ .

كل ما كان من وديعة ولم تكن مضمونة لا تلزم « بناء على إرادة غير المشروط ضمانها من قوله « مضمونه » أو الأعم منه ومن التعدي والتفريط - يدفعه أن ذلك كله منزل على التلّف في غير الفرض .

و من ذلك يظهر حينئذٍ قوة قول الفاضل بناء على أن تسليمها إلى الظالم من أقسام الإتلاف ايضاً فتأمل .

و على كل حال فقد ظهر لك الوجه في عدم الضمان بالاختذ منه قهراً ﴿ نعم لو تمكن من الدفع ﴾ اللائق به ﴿ وجب ﴾ بالاخلاف أجده فيه لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على جهة الإطلاق ، ﴿ و ﴾ حينئذٍ ﴿ لو لم يفعل ﴾ ذلك مع قدرته عليه ﴿ ضمن ﴾ لأنه تفريط حينئذٍ وكذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعل ، لكن الظاهر ضمانه ما يزيد على ما يندفع به منها ، لا الجميع ، وإن احتمل للتفريط ، إلا أنه واضح الضعف ، لأن بعض المدفوع واجب على التقديرين .

و ما في الرياض من الفرق بينهما - بكونه بأمر الشارع على الأول ، و بدونه على الثاني وهو فرق واضح وإن هي الا كما لو فرط فيها فتلف بغيره ، و قالوا فيها بضمانها ، مع أنها ذاهبة على التقديرين فتأمل - يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما ، وكان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل ، فإنه لا ريب في ضمانه الثانية ، فإن الأولى ذاهبة على كل حال منصبة إلى الأخرى ، أو مستقلة ، فالتفريط حينئذٍ في الثانية لا فيهما معاً ، كما هو واضح .

ولو توقف الدفع على بذل شيء من ماله ، فلا إشكال في جوازه ، بل في جامع المقاصد « أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، وربما مال إليه في الرياض لوجوب الحفظ ، فيجب ما لا يتم إلا به ، و الشرر يندفع بنية الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استيذانه أو وليه » .

قلت : لم أقف في النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهة الإطلاق وإن صرح به في المسالك ، اللهم إلا أن يكون إجماعاً ولم تتحققه والأمر بأداء الأمانة يراد منه عدم الخيانة ، كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه ، فهو حينئذٍ

بالنسبة إلى المال واجب مشروط ، للأصل ، ولو سلم فالتبجح وجوب بذل مالا يضر بحاله من المال ، كغيره من تكاليفه المطلقة ، ولا يرجع به على المالك ، لأن دفعه حينئذ مقدمة لامتنال تكليفه ، نحو غيره من الأفعال التي يفعلها مقدمة للحفظ ، ولا يرجع بأجرة المثل في شيء منها .

نعم لو فرض الضرر الكثير لم يجب عليه ، لسقوط باب المقدمة حينئذ . لقاعدة نفى الضرر ، مع إمكان القول حينئذ باندفاعها ، بالدفع بنية الرجوع مع عدم التمكن من استيذان المالك ، لكونه ولياً حينئذ بالنسبة إلى ذلك ، وهل التمكن من الحاكم يقوم مقام التمكن منه ، وجهان أحوطهما الأول .

وكيف كان فلا خلاف ﴿و﴾ لا اشكال في أنه ﴿لا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع﴾ ، كالجرح وأخذ المال ﴿و﴾ الجزيل الذي لا يرجع به على المالك ، وغيرهما مما يختلف باختلاف الأشخاص شرفاً وضعة وغيرهما ، إلا أن ماعناه يظهر من المصنف من كون مطلق اخذ المال وإن قل ضرراً كثيراً واضح المنع ، وإلا لسقط في غير هذه المقدمة ، وهو معلوم العدم .

نعم قد عرفت سابقاً إمكان القول بأنه لم يثبت وجوب الحفظ على الإطلاق ، بحيث يشمل بذل المال ، والأمر باداء الأمانة الذي هو بمعنى عدم خيانتها لا يقتضي ذلك ، ألكلهم إلا أن يكون مستنده الإجماع الذي قد عرفته سابقاً ولكن يتجه حينئذ تقييد المال بكونه مضرّاً بالحال ، بل لو قلنا باندفاع ضرره بالرجوع على المالك وجب حينئذ دفع الكثير منه هذا .

وفي المسالك : دئم إن كان المطلوب الذي لا يندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة ، لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع؟ يحتمله ، لأن الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله قدرها كبذلها ، وعدمه ، لأن القدر المأذون فيه شرعاً ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو هيئتنا منتف ، فلا يكون شرعياً ، وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر ، وبجزء منه ليقصر عنها وترتب الفائدة ، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه ، ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلاً .

ولا يرجع بشيء أصلاً مما يساويها ، فإن غير المأذون في المساوي إنما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه ، لاجتماع المبدول ، ولم أف في هذا الحكم على شيء فينبغي تحريره . قلت : قد يقال : إن الوديعة إن كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلّق غرض المودع بها عيناً ، فلا ريب في أن المتعجّ جواز الرجوع ، وإن بذل تمام القيمة . أمّا إذا لم تكن كذلك فلعلّ المدار على عدم المفسدة على المودع ، لا اعتبار المصلحة ، فيرجع حينئذٍ على التقديرين بتمام ما بذل وإن كان مستوعباً ، ولو توقف حفظهما على الكذب جاز بل وجب ، وإلا كان ضامناً .

نعم لو تمكن من التورية المخرجة له عن الكذب عند مخاطب وجب أيضاً ، لتمكنه من امتثال التكليفين ، والأوّل بما يخرج به عنه في نفسه ، بأن يقصد نفي الوديعة مثلاً يوم كذا ﴿و﴾ في مكان كذا ، بل ﴿لو﴾ أنكرها فطولب باليمين ظمناً جاز الحلف ﴿ولو﴾ بالبراءة أو يمين الصادق المعروفة ، بل وجب ، فإن لم يفعل ضمن . ولكن يحلف ﴿موراً﴾ بما يخرج به عن الكذب ﴿على الوجه الذي عرفته مع الإمكان ، لعدم حرمة حينئذٍ ، فلا إشكال فيه من أصله ، ضرورة اقتضاء باب المقدمة وجوبه ، لأنه في هذا المقام محرّم جاز للمقدمة ، وكان ذلك هو الوجه في اقتصارهم على الكذب دون غيره من المحرّمات ، وإلا فمن المعلوم سقوط مقدمة كل واجب مع فرض توقفها على المحرّم ، وخصوصاً إذا كان محرّماً أصلها ، والمعارض له واجب مقدمي كما هو واضح .

ومن هنالم يذكر وإباحة غيره من المحرمات مع توقف حفظ الوديعة عليها ، من غير فرق بين كونها متعلقة بالخالق أو المخلوق .

﴿و﴾ كيف كان ﴿هي﴾ أي الوديعة ﴿عقد جائز من طرفيه﴾ بلا إشكال ولا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجّة في تخصيص الآية وغيرها من أدلة اللزوم ، ﴿و﴾ حينئذٍ ﴿يبطل بموت كل واحد منهما وبجنونه﴾ وإغمائه ، ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه ، أو ولايته عنه كما هو الشأن في نحوه من العقود الجائزة للإجماع ، أولاً أنّه بالموت ينتقل المال عن المودع ، كما أنّه لا عقد مع وارث

الودعي ، فلا يجوز بقاءه على حكم الوديعة ، وبالجنون مثلاً ونحوه تنتقل ولاية تصرفه إلى غيره ، ولا عقد مع غير الودعي فلملكه لذلك كانت الأهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة .

﴿و﴾ على كل حال مع البطلان ﴿تكون﴾ العين حينئذٍ في يد الودعي أوفي يد من وضع يده عليها حسبة ﴿أمانة﴾ شرعية ، لعدم إذن المالك الصوري ، وحصول الإذن من المالك الحقيقي في الاستيلاء عليها للرّد حسبة ، وحينئذٍ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعية من نحو وجوب ردها إلى مالكها ، أو دلي أمره ، أو إعلامه على القولين فوراً على وجه لو لم يبادر لالعذر شرعي ضمن ، ولم يبق لها شيء من أحكام الوديعة حتى قبول صاحبها في ردّها ، فإنه لا يقبل لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة .

نعم لو كان تأخيرها مثلاً في صورة موت المودع ، لعدم العلم بالحصار الوارث المعلوم كونه وارثاً ، أو للشك في كونه وارثاً ، ولم يكن حاكم يرجع إليه ، ففي المسالك « الأقوى عدم الضمان ، خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً ، لأصالة عدمه ، وأما مع العلم بكونه وارثاً فلاصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال ، والعلم بكونه مستحقاً في الجملة لا يقتضي انحصار الحق فيه ، وأصالة عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور ، فيبقى الحكم في القابض ، وجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق ، ومثله يأتمى فيما لو أقرّ بمال المورث زيد ، فأنه لا يؤمر بتسليم جميع المقرّ به إليه إلا بعد البحث ، حتى لو ادّعى انحصار حقّ الارث في الموجود مع الجهل ، ففي جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان ، من إقراره بانحصار الحق فيه ، فيلزم بالدفع إليه ، ومن أنه إقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه إلى ان قال : - ولو أخر تسليم الوديعة إلى الوارث ليجب عن وصية الميت أو إقراره بدين ونحوه ، فلا أقرب الضمان ، لأصالة عدمه ، بخلاف الوارث . »

لكنه كما ترى خصوصاً ما ذكره في الإقرار الذي لا ريب في حجّيته على المقرّ الذي هو مخاطب بإيصال المال ، والبحث فيه وفي سابقه مع عدم حصول العلم به لا يجعل

به الأصل حينئذ حجة ، والإمتناع بعده يقتضي تعطيل المال عن مستحقه .
نعم له التروي والبحث دفعاً لضرر الغرامة عن نفسه ، لالمعارضة أصالة عدم وارث آخر بأصالة عدم استحقاقه الجميع ، ضرورة وروده عليه وانقطاعه به ، على أنه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث ، واحتمال الوصية الذي ذكره أخيراً ، والمندرك حينئذ ماعرفت ، ولا عبرة بالأحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح . والله العالم .

وتحفظ الوديعة ، بما جرت العادة بحفظها * به * كالثوب والكتب في الصندوق والدابة في الإسطبل ، والشاة في المراح ، أو ما يجري مجرى ذلك * في الحرز لمثلها في العادة ، كما هو الضابط في كل ما لاحد له في الشرع الذي منه ما نحن فيه ، ضرورة كون الوديعة استنابة في الحفظ ، وليس له في الشرع حد مخصوص ، فلامناس عن الرجوع فيه إلى العادة في حفظ مثل هذه الوديعة على وجه لا يعد الوديع مضيئاً ومفراطاً وخائفاً ومهملاً ومتعدياً ، ولا فرق فيما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلها عند الوديع أولاً ، فإن العلم بالعدم لا يقتضي الأذن له في الوضع بغير حرزها ، بل عليه تحصيل الحرز لها مقدمة للمحفظ الواجب عليه .

نعم الظاهر اختلافه باختلاف الأزمنة والامكنة ، كاستيداع الدابة في البادية عند أهلها ونحو ذلك ، كما أن من المعلوم إرادة الحفظ لها في الأماكن المخصوصة ، إذا فرض كونها حرزاً لها في العادة ، فلا يكفي الصندوق المشترك بينه وبين غيره من دون قفل ونحوه ، بل هو أيضاً لا يكفي إذا كان في بيت كذلك ، مع فرض عدم كونه حرزاً في نفسه لمثلها .

ويلزمه سقي الدابة * وكل حيوان محترم خصوصاً الآدمي * وعلفها * بلا خلاف ولا إشكال ، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه بمعنى عرض ذلك عليها على حسب العادة ، لأنه من مقدمات الحفظ المأمور به ، * أمره * المالك * بذلك أولم يأمره * كغيره من المقدمات المتعلقة بالوديعة من حيث كونها وديعة ، فلو قصر حينئذ في شيء من ذلك ضمن ، للتفريط ، بل هو كذلك وإن عاد إلى القيام به ، كما تسمعه

فيما يأتي .

وأما وجوب بذل عين النفقة من الماء المحتاج إلى قيمة والعلف كذلك ، فظاهر
الأصحاب المفروغية من وجوب بذلها عليه ، كما في المسالك وغيرها ، بل حكى بعضهم
الإجماع عليه تارة ، ونفى الخلاف عنه أخرى ، ولعله كذلك .

لكن على هذا الترتيب وهو التوصل إلى ذلك باستيذان المالك أو وكيله فيه ،
فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ، ليأمره به إن شاء أو يستدين عليه ، أو يبيع بعضه
للمنفقة ، أو ينصب أميناً عليه ، فإن تعذر الحاكم أنفق هو ، وأشهد عليه ، ويرجع مع
بيته ، ولو تعذر الإلهاد اقتصر على بية الرجوع ، والقول قوله في مقدار النفقة ، كما
أن القول قول المالك في مقدار زمانها ، والكلام في اعتبار الإلهاد في وجوب
الرجوع وعدمه تقدم في باب المزارعة هذا .

وفي المسالك وفي حكم الحيوان ، الشجر الذي يفتقر إلى السقي وغيره من
الخدمة ، وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض ، وظاهره
بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعة ، فيضمن حينئذ مع التقصير فيه ، إلا
أنه إن لم يكن إجماعاً أمكن المناقشة فيه ، بعدم اقتضاء إطلاق الوديعة الحفظ بنحو
ذلك ، وكونه حيواناً محرماً لا يسوغ اتلافه بغير الوجه المأذون فيه ، لا يقتضي
ترتب الضمان المتوقف على التعمد والتفريط في الوديعة من حيث كونها وديعة
بمعنى التقصير فيما اقتضاء إطلاق عقدها ، لا التقصير في الحكم الشرعي الثابت عليه
وإن لم يكن ودعياً .

على أنه لا يتم فيما سمعته من المسالك من إلحاق الشجر الذي هو ليس بذئ
نفس محترمة ، ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال في نفسه على المالك وغيره ، إلا أن
ذلك لا يقتضي الضمان مع التقصير فيه ، ضرورة كون الحفظ من جهته من مقتضى
إطلاق عقدها ، اللهم إلا أن يعد التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيابة ، وأنه
هو الملتزم للمال ، لكنه كما ترى .

و على كل حال فـ ﴿يجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه ، اتباعاً للمادة﴾

القائمة مقام إذن المالك فيه ، مع عدم صدق التعدي والتفريط ، وليس هو من إبداع الوديعة غيره عرفاً ، كما هو واضح ، لكن في المسالك وإن مقتضى العادة جواز تولى الغلام سواء كان المستودع حاضراً عنده أم غائباً ، وسواء كان الغلام أميناً أم لا ، وليس كل ذلك جائزاً هنا ، بل إنما يجوز تولى الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده ، فيطلب على قيامه بما يجب ، أو مع كونه أميناً ، وإلا لم يجز ، ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه ، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلا بد من مصاحبته في الطريق ، وإلما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك ، وكذا لا فرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنبه المستودع ، وعبارة المصنف لا تنافي ما قيسنا ، لانه لم يجوز إلا تولى السقي ، وهو أعم من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه ، والعام لا يدل على الخاص ، فيمكن تخصيصه إذ ادل عليه الدليل ، وهو هنا موجود بما أطبقوا عليه ، من عدم جواز إبداع الوديعة مع الإمكان وهذا في معناه ، وربما قيل : بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة ، أمّا ما لا يكون كذلك ، فيجوز له التولية كيف كان ، وهو ضعيف .

وفيه أن ذلك لا يعدّ إبداعاً ، بل هو قيام بالعمل الذي يراد من الوديعة الذي لا يجب عليه مباشرته فيما دلّت القرائن مباشرة غيره له ، لرفعة شأنه ، أو عجزه ، أو لحو ذلك ، وخصوصاً فيما قضت به العادة ممّا هو ليس بتعد ولا تفريط .

ومنه يعلم ما في قول المصنف أيضاً ~~ولا~~ يجوز إخراجها من منزله لذلك ، إلا مع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها أو علفها في منزله ، أو شبه ذلك من الأعذار ~~التي~~ ضرورة عدم الفرق بين ذلك وبين ما تقدم ، مع فرض قضاء العادة به ، ولم يكن ثم ما يقتضى التفريط بها .

ومن الغريب أنه في المسالك وافق هنا على ذلك ، مع أنه قد سمعت منه ما مضى فأنه بعد أن ذكر هنا عدم الفرق في المنع من إخراجها لذلك بين كون الطريق أميناً وعدمه ، لأن النقل تصرف فيها وهو غير جائز مع إمكان تركه ، وعدم الفرق بين كون العادة مطردة بالإخراج لذلك وعدمه ، لما ذكر ، وعدمه أيضاً بين كونه متولياً لذلك

بنفسه ، وغلامه مع صخبته له وعدمه ، لاتحاد العلّة في الجميع ، قال : « واستقرب في التذكرة عدم الضمان لو أخرجها ، مع أمن الطريق وإن أمكن سقيها في موضعها ، محتجاً باطراد العادة بذلك ، وهو حسن مع إطرادها بذلك لا مطلقاً .

ثم إنّه لا يخفى عليك ما في إطلاق الجواز للضرورة وإن كان الطريق مخوفاً ، الذي وجهه كون ذلك من ضروريات الحيوان ، فالضرر اللاحق بتركه أقوى من خطر الطريق فإنه قد يشكل في بعض الصور بما إذا كان التأخير إلى وقت آخر أقل ضرراً أو خطراً من إخراجها حين الحاجة ، ونحو ذلك ، فينبغي مع اشتراكهما في الضرر مراعاة أقل الضررين ، أللّهم إلا أن يقال : بعدم إرادة هذه الصورة من الإطلاق المزبور و الأمر سهل بعد ظهور الحال في أصل المسألة وهو أن المدار في حفظها وفي حرزها على المعتاد ، الذي لا يعد عرفاً مع مراعاته مفرطاً ومتعدّياً ، بل قد سمعت قيام العادة مقام الإذن من المالك في ذلك . والله العالم .

﴿ ولو قال المالك لا تعلقها ولا تسقها لم يجز القبول ﴾ لكونه ذاكب حراًء و نفس محترمة ، و واجب النفقة على المالك ، ﴿ بل يجب عليه سقيها و علقها ﴾ مراعاة لحق الله تعالى شأنه ، و إن أسقط آدمي حقه ، بل مع امتناع المالك ورفع الأمر إلى الحاكم وأمره بالنفقة من ماله ، يتجه الرجوع له عليه ، و كذا لو كان بأمر عدول المؤمنين أو به مع الإيثار أو بدونه مع إيثار الرجوع على حسب ما تقدم سابقاً . ﴿ نعم لو أدخل بذلك و الحال هذه أثم ولم يضمن لأن المالك أسقط الضمان بنهييه ، كما لو أمره بالقاء ماله في البحر ﴾ خلافاً لبعض فأجرى حكم الوديعة مع النهي ، فضلاً عن غيره حتى في غير الحيوان ، إلا أنه كما ترى ، للأصل بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره ، و خصوصاً فيما لو كانت الوديعة غير حيوان ، كشجر و بناء ونحوهما ، بل في المسالك « الأقوى عدم وجوب حفظه ، فضلاً عن عدم الضمان ، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة ، لا على غيره ، و إنما وجب الاتفاق في الحيوان لكونه ذاروح ، فيأثم بالتقصير في حقه ، فيجب دفع ألمه ، .

نعم يبقى إشكال في أصل صحة الوديعة على هذا الوجه المقضي سفاهة المالك ،

فيصير المال حينئذٍ في يده أمانة شرعية يجب ردّها إلى المالك أو وليّه أللهم إلا أن يفرض في وجه لاسفه فيه ، أو يقال : إن السفه لا يؤثّر فساداً بدون تحجير المحاكم . نعم قد يقال : إن الإشكال في صحّة الوديعة المأذون فيها بالتفريط مطلقاً ، أو في شيء خاص كما أنه قد يقال بوجوب الحفظ على من في يده المال ، وإن أذن المالك بآثاره ، كما قد أشرنا إليه سابقاً والله العالم .

﴿ ولو عيّن له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه ﴾ لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ﴿ و ﴾ حينئذٍ فـ ﴿ لمو نقلها ﴾ عنه ﴿ ضمن ﴾ لأنه عادي ﴿ إلا ﴾ إذا كان النقل ﴿ إلى أحرز ﴾ بل ﴿ أو مثله على قول ﴾ قوي إذا فهم إرادة المثال مما عيّنّه ، ولو بقرينة ظهور كون الفرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع والراكب و نحوهما في المزارعة والإجارة .

أمّا إذا لم يفهم ذلك فالأقوى العنمان حتى في النقل إلى الأحرز ، فضلاً عن المساوي ، سواء فهم إرادة الخصوصية منه ، أو أطلق ولم يكن قرينة على الإرادة المزبورة ، لتحقق المخالفة حينئذٍ ، أللهم إلا أن يقال : إن الإبداع كان يقتضي التخيير في أفراد الحرز ، و تعيين موضع الاحتفاظ إنما يقتضي عدم الإذن في الأدون ، أمّا غيره فيبقى على مقتضى الإطلاق الذي لم يتقيد بالتعيين المذكور ، بعد فرض عدم ظهوره في إرادة التقييد .

نعم لو فرض أن حصول الإبداع قد كان بتعيين موضع الاحتفاظ ، إنجبه حينئذٍ الإقتصار عليه ما لم يظهر إرادة المثال ، و دعوى حصول مفهوم الموافقة في الأحرز واضحة المنع ، مع أنّه قد يمنع ذلك أيضاً ، بدعوى ظهور التقييد بتعيين موضع الاحتفاظ ، كما في غيره من أفراد المطلق والمقيّد .

و لعلّه لذا جزم في المسالك بعدم جواز التخطي في الفرض حتى إلى الأحرز ، بل حكاه جماعة منهم الشهيد في حواشيه على القواعد ، بل احتمل في النسبة إلى القول التي في المتن والقواعد - المشعرة بالتوقف ، و أن القول الآخر بخلافه - رجوعها

إليهما معاً ، لا خصوص الأخير ، بل في المفتاح نسبتته إلى ظاهر النهاية والتبصرة ، و موضع من السرائر و الغنية ، و صريح النافع والكركي والأردبيلي ، وميل التحرير و إيضاح النافع . وبذلك يظهر لك ما في دعوى الإجماع على الجواز في الأحرز ، و أن الخلاف إنما هو في المساوي دون الأحرز .

وعلى كل حال فلا ريب في أنه متجته . بناءً على أن ذلك من موضوع الإطلاق والتقييد ، كما يشهد له قول المصنف ﴿ و ﴾ غير ﴿ لا يجوز نقله إلى مادونه ، ولو كان حرزاً إلا مع الخوف من ابقائها فيه ﴾ بل في المسالك « الإجماع على عدم جواز نقلها إلى مادونه » وما ذاك إلا لفهم التقييد من التعيين المزبور ، ولا ريب في عدم الفرق حينئذ بين ما دونه وما فوقه ، مع فرض عدم قرينة تدل على ذلك ، كما أنه لا إشكال في ظهور ذلك حال كونه حرزاً مثلها ، أما مع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تقييد للإطلاق ، وحينئذ يجوز نقلها إلى غيره ، وإن كان أدون مع فرض كونه حرزاً بل مقتضى إطلاق العبارة وغيرها جواز النقل إليه وإن تمكن من المساوي والأحرز ولعل وجهه حينئذ بقاء الإطلاق على حاله في الفرض ، وهو يقتضي التخيير المزبور خلافاً لثاني الشهيدين فأوجب المساوي فما فوق مع التمكن ، و إلا فلا أدنى ، مع أن مذهبه عدم ظهور المثال في التعيين المزبور .

وكيف كان فالمتجه عدم الضمان ، حيث يجوز له النقل ، سواء تلف بإهدامه أو بغيره ، لما عرفت من أن مبنى الجواز حصول الإذن من المودع ، وهو يقتضي عدم الضمان ، فما عن بعض من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز و المساوي وعن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالأهدام مثلاً وغيره فيضمن في الأول دون الثاني - لا يخلو من نظر ، ولعل وجه الأول أن جواز النقل إليهما إنما هو من الفحوي التقديرية التي يجوز بها الإقدام ، ولكن لا ترفع الضمان الحاصل من المخالفة ، والثاني بأن انتفاء الضمان معه وإن جاز النقل إليه ، مراعى بعدم ظهور الخطأ في كونه مساوياً أو أحرز ، فمع فرض ظهور عدسه بالأهدام يتحقق الضمان ، أما التلف بغيره فلم يتبين له ظهور الخطأ ، إلا أن الجميع كما ترى .

﴿و﴾ على كل حال فقد بان لك ممّا ذكرنا أنّه ﴿لوقال﴾ : لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان ﴿إلى مساوي أو أحرز﴾ ، لتحقيق التعدّي فيها حينئذٍ بالمخالفة ، لنهي المقتضي عدم جواز ذلك له إجماعاً ، ﴿إلا أن يخاف تلفها فيه﴾ فيجوز له حينئذٍ النقل حسبة إلى المساوي والأحرز ، وإلا فالأدون كما في المسالك أو إلى حرز مثلها مطلقاً كما هو الأقوى على ما عرفته سابقاً في نظيره .

و على كل حال يجوز ذلك له ﴿ولو﴾ كان قد ﴿قال﴾ : لا تنقلها عن هذا المكان ﴿وإن تلفت﴾ فيه ، لعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي ، بل حرم عليه إضاعة المال وإتلافه في غير وجهه ، ومن ذلك « النهي عن التبذير » ، ^(١) و « عن تمكين السفهاء من الأموال التي جعلها لنا قواماً » ، ^(٢) .

ولكن لا يخفى عليك عدم بقائها حينئذٍ في يده وديعة ، بل هي أمانة شرعية ، لعدم الاستنابة من المالك في ذلك ، فيضمنها حينئذٍ بعدم الردّ إلى المالك أو وليه فوراً أو الإعلام ، كما أنه لا يخفى عدم وجوب ذلك عليه ، وإنّما هو جائز له .
فما في المسالك - من وجوب النقل ، لأنّ الحفظ واجب عليه ، ولا يتم إلاّ بالنقل ، وللنهي عن إضاعة المال فلا يسقط هذا الحكم بنهي المالك وإن صرح بقوله ﴿وإن تلفت﴾ ، لكن هنا لو ترك نقلها أثم ، ولا ضمان لا إسقاط المالك له عنه كما مرّ لا يخفى ما فيه ، بناء على أنّه بناء على بقاء حكم الودیعة ، ولذا وجب الحفظ ، ضرورة أصالة براءة الذمة منه ، مع قطع النظر عنها ، إذ هو إن سلم فعلى المالك لا غيره ، ضرورة عدم الإذن من المالك في ذلك ، بل الفرض نهيه .

وربما قيل : إن وجهه دعوى كون المراد للمالك بالنهي المزبور للإستظهار في حفظه ، بزعم كون المكان المزبور أنّه أحرز ، إلا أنّه بان خطاؤه أو تعجّد ما نافي ظنه الذي هو في الحقيقة مقيّد ببقاء ذلك المكان حرزاً له .

وفيه : إن المتجّه على هذا التقدير ضمانها بعدم النقل ، مع الخوف المتفريط

(١) سورة الاسراء الآية ٢٦ .

(٢) سورة النساء الآية - ٥ .

كما عن الشيخ في المبسوط ، مع أنك قد عرفت تصريحه بعدمه وإن أئتم .
نعم قد يقال : إن عدم ضمانه بذلك ، للأصل المقتصر في خلافه على التفريط
الذي لم يأمر المالك به ، وأما الائتم بعدم النقل ، فباعتبار وجوب حفظ ما في يده من
مال غيره عليه وحرمة إضاعته عليه ، وإن قلنا بعدم وجوب حفظ مال الغير - الذي لم
يكن في يده - عليه ، وهذا الوجوب و الحرمة لا يستعقب ضمانا ، وإنما هي حرمة
شرعية ، نحو الحرمة على المالك .

هذا كله بناء على سقوط حرمة نهي المالك في الفرض ، وربما يناقش فيها
بعموم ^(١) « تسلط الناس على أموالهم » وليس هو من السفه والتبذير مع فرض احتمال
غرض معتد به في ذلك وقت نهي ، وخصوصاً مع حضوره في البلد ، وإمكان مراجعته أو
مراجعة الحاكم ، أو عدول المؤمنين ، و بعد التسليم ففي تصديقه بحصول ما يقتضي
جواز مخالفة النهي أو وجوبه وجهان : لا يخلو ثانيهما من قوة ، لعموم ^(٢) « البيئنة
على المدعى » بعد الشك إن لم يكن الظن في اندراجة تحت الأمين المصدق في ذلك
فلا يبعد حينئذ الحكم بضمانه حتى تقوم البيئنة على حصوله بل قد يحتمل الضمان
مع قيامها أيضاً في كل مال مقبوض بلا إذن من المالك ، فضلاً عن النهي وإن كان خلاف
المشهور بين من تعرض له ، لعموم على اليد ، والحسبة والإحسان يجوز أن لاقدام
ولا يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع ، وفي السبيل على المحسن إنما هو
بالنسبة إلى ما فعله من الإحسان ، فليس له الاعتراض عليه في ذلك .

ولعله عليه يبني ما عن التذكرة من أنه لو نقلها إلى غير المعين وتوقف النقل
إليه على أجرة لا يرجع بها ، لأنه متبرع بها ، واستحسنه في المسالك ، لكنّه احتمل
أيضاً مع ذلك الرجوع مع نيته لا إذن الشارع له في ذلك ، فتقدم على إذن المالك ،
ولأن فيه جمعاً بين الحقيقين ، مع مراعاة حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال ، و

(١) بحار الانوار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل الباب ٣٠ - من ابواب الحكم و الدعوى .

لعله لا يخلو من وجه لو كان باذن الحاكم أو عدول المؤمنين والله العالم .
 ﴿ولا تصح وديعة الطفل ولا المجنون﴾ لا اعتبار الكمال في طرفي عقدها كغيرها
 من العقود بلا خلاف ، بل الاجماع بقسميه عليه ، من غير فرق بين ماليهما وغيرهما
 ودعوى الاذن وعدمها ، بل لا يصح حتى لو علم الاذن لهما ، لقصور عبارتهما عن
 مباشرة العقد كما هو واضح .

نعم لو علم الاذن اكتفى في الوديعة حينئذ بفعل المرسل لهما في أيديهما ، بناء
 على الاكتفاء بمثل ذلك فيها ، لعدم اعتبار مقارنة القبول فيها للايجاب ، وإلا فانشاء
 عقد الوديعة منهما سواء كان عنهما أو عن غيرهما باطل .

﴿و﴾ لا يجوز وضع اليد عليها بل ﴿يضمن القابض﴾ لذلك منهما لعموم^(١)
 « على اليد ما اخذت » وغيره ﴿ولا يبرأ بردّها إليهما﴾ للحبس عليهما ، وإثما
 يبرأ بالرد إلى وليتهما الخاص ، أو العام مع تمذره ، بل مقتضى إطلاق العبارة وغيرها
 ذلك ، وإن كان قد فعل ذلك حسبة للخوف من التلف ونحوه ، وهو مؤيد لما ذكرناه
 سابقاً من أن الإحسان لا يرفع الضمان .

لكن في المسالك وعن غيره الأقوى أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنية
 الحسبة في الحفظ لم يضمن ، لأنه محسن ، وما على المحسنين من سبيل ، لكن
 يجب عليه مراجعة الولي في ذلك ، فإن تمذّر قبضها ، وترتب الحكم . وفيه ما عرفت .
 ﴿وكذا لا يصح أن يستودع﴾ وإن كان ﴿لو أودع لم يضمن بالاهمال﴾
 وفاقاً للمشهور ﴿لأن المودع لهما﴾ في الحقيقة هو الـ ﴿متلف ماله﴾ بإيداعه
 مثلها الذي لم يجب عليه الحفظ وأداء الأمانة ، فنسبته في الإلتاف أقوى من
 تفریطهما فيه ، ولا دليل على ضمائهما بذلك ، بعد ظهور قوله ^(٢) ﴿على اليد
 ما أخذت حتى تؤدي﴾ في غير الفرض ، بسبب تفریط المالك ، لا مافى المسالك «من

أن « على » ظاهرة فى وجوب الدفع و التكليف بالرد ، فيكون مختصاً بالمكلف « لماستعرفه .

نعم لو أتلغا المال مباشرة بأكل و نحوه ، أو تسببياً باحراق و نحوه ، انجبه ضمانها مع تمييزهما ، وأطلق فى المسالك وغيرها قال : لعموم ^(١) « من أتلغ » الشامل للمكلف وغيره ، فيؤدّي حينئذٍ من مالهما إن كان وإلا تخلّصا منه بعد التكليف ، و فيه ما لا يخفى من أن السبب هنا أقوى من المباشر الذى هو كالحىوان بالجنون وعدم التمييز ، ولذا يحكى عن بعضهم عدم الضمان مطلقاً ، كما لا يخفى ما فى الذى ذكره سابقاً فى اليد ، ضرورة أن قوله « على اليد » أيضاً من خطاب الوضع الشامل للمكلف وغيره من حيث تسبب الضمان ، وإن وجب الاداء بعد البلوغ ، ولفظ « على » إنما يراد منها الاثبات فى الذمّة ، لا تقييد موضوع ذلك بما إذا كان مكلفاً .

نعم ربما فرق بين المميّز وغيره ، فحكم بضمن الاول ، دون الثانى الملحق ، بالمجنون ، لعدم قصد غيره إلى الاتلاف ، فكان كالدابة . لكن نظر فيه فى المسالك « بان المقتضى و هو الاتلاف موجود ، و المانع غير صالح للمناعية ، أمّا القصد فلا مدخل له فى الضمان وعدمه . كما يعلم من نظائره ، و أمّا تسليط المالك فائمه انما وقع على الحفظ ، لا على الاتلاف ، غاية ما فى الباب أنه عرض ماله له ، بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ ، وهو غير كاف فى سقوط الضمان عنهما لو باشراه ، بخلاف مالهو تركا الحفظ ، والا فوى الضمان مطلقاً .

قلت : لا يخفى ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، و التحقيق أن يقال : إن اليد بغير إذن شرعية ، من أسباب الضمان قطعاً ، من غير فرق بين المكلف وغيره ، فلو أودع صبي صبيّاً أو مجنوناً أو مجنون صبيّاً أو مجنوناً فتلف هي في يدهما كاضامين لذلك ، والفرق بينهما وبين الدابة ، أن لهما ذمّة وملاك ، وغيرهما بخلافها ، وأي فرق فى أسباب الوضع بين ذلك ، وبين الجناية والحدث وغيرهما .

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار من اراد الاطلاع على مدرّكها فليراجع « القواعد

نعم في الفرض قديتوقف في ضمانهما بالإهمال ، لالعدم ضمانهما باليد ، بل من حيث حصول التلف للمال بسببين ، أحدهما من المالك ، وهو أقوى من الواقع من أحدهما ، خصوصاً مع عدم التمييز ، فيقوم ذلك مقام الإلتلاف منه في أيديهما ، كما أوماً إليه المصنف ، بخلاف مالو باشرا التلف مع تمييزهما ، فإنه لا إشكال في أن ما وقع منهما في إيجاد التلف في الخارج أقوى مما وقع منه ، الذي هو إيداعهما ، لا تسليمهما على تلفه وحينئذٍ فالميزان ذلك ، وهو الحكم بضمانهما باليد إلا أن يحصل من المالك مباشرة تلفاً وتسبب أقوى من تفريطهما ، ولعله يختلف باختلاف التمييز وبحوه مما له مدخلة في علّة التلف وإيجاده لا ما ذكره ثاني الشهيدين من عدم ضمانهما باليد ، لعدم الدليل الذي قد عرفت إمكان دعوى القطع بفساده ، خصوصاً فيما يأخذانه بأنفسهما من دون علم من المالك بسرقة وبحوهما ، كما لا يخفى على من له أدنى خبرة بفقّه أهل البيت عليه السلام والله الموفق والعالم .

و أمّا العبد إذا استودع فأُتلف فالأقرب أنه يتبع به بعد العتق ، وإن كان الاستيداع باذن مولاه ، إذ هي لا تقتضي التزام المولى بذلك حتى في كسب العبد ، للأصل وغيره .

وإن كان بالإهمال مع فرض عدم كون القبول باذن المولى ، فعن بعضهم لاشيء للمالك ، لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه ، فالتضييع للمال من المالك . وفيه ما عرفت من اقتضاء اليد الضمان ، فيتبعه حينئذٍ اتباعه به بعد العتق ، كما عن التذكرة والتحرير التصريح به ، كما لو كان القبول باذن المولى ، ولا رجوع بوجه على المولى حتى بالنسبة إلى كسب العبد ، إذ هو أولى من صورة الإلتلاف التي قد عرفت أن الحكم فيها ذلك نعم لو كان تفريط العبد من المولى ، ولو بمنعه من الحفظ فالضمان عليه ، كما عن بعضهم التصريح به والله العالم .

❦ وإذا ظهر للمودع أمانة الموت وجب الإشهاد بها ❦ كما صرح به غير واحد ، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم ، نعم في القواعد إبدال ذلك بالوصيّة بها ، ولعله يريد ذلك ضرورة انحصار وجه رجوب ذلك في لزوم الحفظ ، وحرمة التفريط بها ،

وترك ذلك يقتضى ذلك ، فإن الوارث بدونه يستحق بآرائه جميع ما كان يده عليه ، وكذا الديان ، والوصية بها مع عدم الإشهاد لا يرفع ذلك ، فلامحيص حينئذٍ عن إرادة معنى الإشهاد عليها من الوصية بها كالعكس ، بل هما بمعنى عند التأمل بعد معلومية انتفاء المعنى المعلوم من الوصية الراجعة إلى الثلث ونحوه ، ومن هنا يتجه القول بوجود ما يرفع ذلك ونحوه عنها ، من غير تخصيص بالشهاد ونحوه .

نعم هو قد يجب في الجملة وذلك حيث يتوقف رفع ذلك عليه ، وإلا كان مخيراً بينه وبين غيره ، ومن ذلك يعرف ما في بعض كتب الأصحاب خصوصاً ما في المسالك وعلى كل حال فمتى أدخل بما وجب مما يتوقف عليه الحفظ من ذلك ضمن ، لكن في التذكرة والمسالك لا يستقر الضمان إلى أن يموت ، فيعلم التفريط في أول زمان ظهر فيه أمارات الموت ، سواء كان ذلك في ابتداء المرض ، أم في أثنائه .

وفيه أنه يقتضى سقوط الضمان بالإشهاد في آخر الأزيمة وإن فرط في أولها ، وهو مناف لما تسمعه إنشاء الله من ضمان المفريط بتفريطه ، وإن عاد بعد ذلك إلى ما يراد منه من الحفظ ، ودعوى عدم تحقق التفريط إلا بترك الإشهاد في جميع الزمان إلى حصول الموت ، يقتضى عدم الضمان حينئذٍ في أول الأزيمة ، بل بالأخير منها الذي تحقق به التفريط ، وهو خلاف ما ذكره ، فالمتجه حينئذٍ تحقق الضمان بأول أزيمة التفريط ، وإن أشهد بعد ذلك .

هذا كله بناء على جواز بقائها وديعة عنده مع ظن الوفاة ، وإلا فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الإمكان وإلا فالحاكم ، وإلا فعدول المؤمنين ، ومع فرض التعذر يشهد عليها حينئذٍ ويوصى بردها ، وذلك لإطلاق وجوب رد الأمانة إلى أهلها ، والخطابات المطلقة فتضييق بظن الوفاة ، لعدم الوثوق حينئذٍ بزمان غيره لامتناعها ، والتضييق بالمطالبة لا ينافي التضييق بذلك ؟

ودعوى اشتراط أصل الوجوب بالمطالبة ، يدفعها إطلاق أدلة التأدية والرد ونحوهما ، مؤيداً بمعلومية انفساخ أمانته بموته ، وصيرورة المال في يد غيره ، ولم يأذن المالك إلا بوضعه في يديه ، ومباشرة حفظه بنفسه ، والإشهاد والوصية لا يرفع

ذلك ، بل قد يؤيده أيضاً إيجاب الرد عند السفر ، ولا ريب في أولوية المقام منه .
ولعلته لذا وغيره حكى عن التذكرة وأكثر الشافعية ذلك ، أو ما يقرب منه لكن
قيل : إنه رجع عنه بعد ذلك إلى الاكتفاء بالوصية ، وظنى أنه ليس رجوعاً ، بل كان
ذلك منه لبيان الاكتفاء في الجملة ولو في بعض الأحوال ، ومنه يعلم عدم منافاة
ما ذكرنا لا إطلاق الأصحاب وجوب الإشهاد المحمول على إرادة بيان القضية المهمة
للقطع بعدم إرادة تعيين ذلك على كل حال ، فإنك قد عرفت عدم انحصار الطريق
فيه ، ولعدم الدليل على وجوبه تعبداً كما هو واضح بأدنى تأمل .
ومنه يعلم ما في المسالك وغيرها من كتب الأصحاب ، بل لعل ما فيها لا يخلو
من تناف فلاحظ وتأمل .

ولولم تظهر له أمارة الموت بل مات فجأة مثلاً لم يكن عليه ضمان قطعاً ، لعدم
التفريط ، خلافاً للمحكي عن إيضاح الفخر من الحكم به أيضاً ، لأن الوصية و
الإشهاد سبب في منع الوارث من جحودها ، وفي وجوب أدائها ظاهراً إن علم بها ،
وفي نفس الأمر إن لم يعلم ، وذلك كله سبب للحفظ ، فتركه ترك سبب الحفظ ، ولا معنى
للتفريط إلا ذلك .

وفيه منع كونه مع ذلك سبباً عقلاً أو شرعاً أو عرفاً وإلا لوجب الإشهاد على
الوديعة من أول قبضها كي لا يكون مفراطاً ضامناً ، وهو معلوم البطلان ، والإحتمال
إذا لم يكن جازياً مجرى العقلاء لا يلتفت إليه كما هو واضح بأدنى تأمل .

نعم حيث يخشى عليهما التلف على وجه جار مجرى العقلاء كما إذا ظهرت
أمارة الموت اتجه حينئذ وجوب الإشهاد والإيصال الذي يكون به حفظ الوديعة ،
من غير فرق بين الوارث والاجنبي ، ولا عبرة بغيره كالإيصال إلى فاسق ، أو بلا إشهاد أو
بحود ذلك ، كما لا عبرة بالإيصال بها بلا تعيين لها ولا ملكاها كقول (عندي وديعة) ، أو
لفلان ، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف ، كما لو قال عندي ثوب لفلان ، ضرورة عدم
حفظها بشيء من ذلك ، فيتجه حينئذ ضمانه لها مع فرض معلوميتها عنده إلى الموت

وأن كيفية إشهادها بها كانت كذلك ، إذ هو حينئذٍ كما إذا لم يشهد ، من غير فرق مع ذكره الجنس ، بين أن لا يوجد في تركته ذلك الجنس ، أو يوجد متعدداً أو متحداً ، لحصول التقصير بترك البيان على كل حال ، والوجود في التركة لا يقتضى كونه الوديعة ، وأصالة بقائها لا تقتضى كونها المشخصة ، كي يكون شريكاً مع المتعذر ومختصاً به مع الاتحاد .

وبذلك يظهر لك ما في المسالك من أنه على تقدير التعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لا يتميز ، فيكون تفريطاً يوجب الضمان ثم قال : ولا يكون الموصى له شريكاً في الثياب الموجودة ، لأصالة عدم استحقاقه شيئاً في تركة الودعي ، وإن كان ضامناً لحقه ، فيرجع إلى المثل أو القيمة ، ويحتمل كونه شريكاً لأصالة البقاء وإن حكم بالضمان ، كما لو مزجه بماله ولو وجد ثوب واحد ففي الحكم به للمالك وجهان ، مأخذهما أصالة بقاء حقه الثابت بالاقرار ، فيستصحب إلى أن يعلم التلف حملاً لا إطلاقاً على الموجود ، لأصالة عدم غيره ، وأن الموجود محكوم به تركته ظاهراً وتقصيره في التمييز اقتضى ضمانها ، أما كونها الموجود فلا ، واحتمال أن يكون هو الوديعة - فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال ، وترك العمل بظاهر اليد ، وعلى تقدير عدم الحكم له به ، هل يحكم بضمان وديعته ، قيل : لا ، لجواز تلقاها بغير تفريط قبل الموت ، والاقرار به لا ينافيه ، وقيل : نعم ، لأصالة البقاء ، إذ لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة عدم صلاحية الأصول للتشخيص ، على أن الاحتمال في الصورة الأخيرة آتٍ في صورتين الأولى ولتين اللتين جزم بالضمان فيهما ، بل جعله في أولهما ظاهراً ، بل قد يقتضى التأمل في أطراف كلامه أنه غير محرر لموضوع المسألة ، وأنه الوديعة المعلومة عنده إلى حال الموت ، لكنّه ترك الإشهاد بها أصلاً ، أو ترك المشر منه ، لا الوديعة في الجملة ، فإن ذلك لا يقتضى الضمان بأصالة بقائها ، وأصالة عدم الإشهاد بها ، فيكفى حينئذٍ في ضمان كل وديعة ادعى بها على ميتة وأقيمت البيّنة على أصل استيداعه ، وإن احتمل الرد والتلف بغير تعدد ولا تفريط ، ونحو ذلك ، بدعوى أن ذلك هو مقتضى أصالة بقائها ، وأصالة عدم ردّها ، وأصالة عدم

الاشهاد فيتنقح حينئذ كونه مفراطاً ضامناً ، وهو كما ترى لا ينبغي صدوره ممن له أدنى مسكة ، ضرورة توقف إثبات هذه الأصول ذلك على وسائل تقتضى الأصول عدمها ، على أن التفريط من الامور الوجودية التي لا يمكن إثباته بالأصول ، وإن تقوم بعض أفرادها بالعدم ، ولكنه ليس هو إلا تعريض المال للتلف ، ولو بعدم فعل ما يقتضى حفظه كما هو واضح .

فالتحقيق حينئذ الحكم بالضمان مع العلم بترك الاشهاد في الوديعة التي هي عنده حال الموت الذي هو التعريض لتلفها ، وبعدمه مع قيام احتمال التلف بغير تفريط ولو بعد الاقرار بها عند قيام أمانة الموت ، بناء على أن الضمان إنما يكون بترك الاشهاد إلى حال الموت ، ويمكن أن يكون عدمه لحصول التلف بغير تفريط ، لأن الأصل البراءة .

﴿و﴾ بذلك بان لك الوجه في قول المصنف ﴿ولو لم يشهد و أنكر الورثة ، كان القول قولهم ، ولا يمين عليهم إلا أن يدعى عليهم العلم﴾ كما هو الضابط في الحلف على نفي فعل الغير ، سواء كان المراد إنكار أصل الوديعة ، أو التفريط بترك الاشهاد ، لاحتمال تلفها بغير تفريط ، كما اعترف به في المسالك هنا ، قال :

« لو أقر الورثة بالوديعة ولكن لم توجد في التركة ، وادعى المستودع أنه قصر في الاشهاد ، وقال الورثة : لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التفصير ، فالقول قولهم ، عملاً ببراءة الذمة » ، وقال أيضاً : « يمكن أن يكون المراد إنكار الورثة وجودها في التركة حيث لم يشهد عليها ، ولعلها انقضت قبل حصول ما يوجب الاشهاد » فادعى المالك بقاءه . وتفسيره في الاشهاد ، والله أعلم في المسألتين واحد .

وهو صريح فيما ذكرنا ، من أن عدم الاشهاد مع العلم بوجود أصل الوديعة لا يقتضى الضمان ، لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿تجب إعادة الوديعة على المودع﴾ أو وليه أو وكيله ﴿مع المطالبة﴾ في أول أوقات الإمكان ، بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى ما ذكره من الكتاب والسنة على الأمر بأداء الأمانة إلى أهلها ، وإلى عدم

جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه ، والفرض عدمها هنا ، لانقطاع الاولى بالمطالبة .
نعم لا ريب في اعتبار الإمكان عقلاً بل وشرعاً ضرورة عدم التكليف أصلاً في
الأوّل ، بل والثاني ، لأنّ المانع شرعاً كالمانع عقلاً إذا فرض رجحان مراعاته على
وجوب ردّ الوديعة ، بل في المسالك « والمراد بالإمكان ما يعمّ الشرعي والعقلي والعادي ،
فلو كان في صلاة واجبة أنتمّها أو بينها وبينه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى
يزول ، أو في قضاء حاجة فإلى أن ينتقض الضرورى منها ، الى أن قال : « وهل يعدّ
إكمال الطعام والحمام وصلوة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذراً ، وجهان : و
استقرب في التذكرة العدم ، مع حكمه في باب الوكالة بأنها أعذار في ردّ العين ، و
ينبغي أن يكون هنا أولى ، وهل التأخير ليشهد عليه عذر ؟ قيل : نعم ، ليدفع عن نفسه
النزاع واليمين لو أنكر الردّ ، و قيل : لا ، لأنّ قوله في الردّ مقبول فلا حاجة
إلى البيّنة ، ولأنّ الوديعة مبنية على الاخفاء غالباً ، وفصل آخرون تفصيلاً جيّداً
فقالوا : إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالايديع فله مثله ، ليدفع عن نفسه
التهمة ، وإن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك » .

قلت : لم أجد في شيء من النصوص اعتبار الإمكان كي يرجع في صدقه إلى العرف
ولا العذر حتى يكون الأمر فيه أيضاً كذلك ، وقد عرفت عدم جواز وضع اليد على
مال الغير بغير إذنه .

نعم قد يتعارض وجوب الردّ مع الواجبات فيفزع إلى ترجيح ، وربما يرجح
ردّ الوديعة فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلاً سنة في مكان مخصوص ، للضرر على
المودع بحبس ماله عليه .

أللهم إلا أن يقال بترجيح كلّ ما سبق تعلّقه عليه ، وفيه منع ، لأنّ السبق
لا يقتضى تأخير امتثال الخطاب الآخر الذي هو مطلق . ولا تخصيصه بذلك : فتأمل .
كما أنه قد يقال : إن إطلاق الأمر بالتأدية يرجع فيه إلى المتعارف في ردّ
الودائع ، فلا يجب عليه شدة الاسراع بركض ونحوه ، إن اقترحه عليه المالك ، و
كذا قطع الأكل والحمام والنافلة ونحوها ، ولعلّه لذا ونحوه يراد الفورية العرفية

لا العقلية في نفس التأدية .

وبذلك يظهر لك أن الميزان مذكروا ، لا الرجوع إلى صدق الامكان و العذر بعد ان لم يوجد عنواناً في شيء من الأدلة ، وتظهر الثمرة في الضمان وعدمه مع التأخير الجائز له و غير الجائز .

وكيف كان يجب الرد * ولو كان * المودع * كافراً * لا إطلاق الأدلة ، و خصوص خبر الصيقل وغيره من النصوص المستفيضة ^(١) والمتواترة المأمور فيها برد الأمانة على صاحبها ، وإن كان قاتل علي أو الحسنين عليهما السلام أو اولاد الأنبياء أو مجوسياً أو شامياً أو حرورياً ، المعمول بها بين الاصحاب ، عدا ما يحكى عن أبي الصلاح من أنه إذا كان المودع حريباً وجب على الودعي أن يحمل ما أودعه إلى سلطان الاسلام ، ورماء بعضهم بالشذوذ .

لكن ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور - بعد معلومية جواز تملك مال الحربي ، وأنه فيء للمسلمين ، وأنه كالاموال المباحة ، و أن له التوصل إليه بكل طريق من الربا والسرقه وغيرهما أنه لا يجوز للودعي تملكه في هذا الحال ، فيكون ذلك خارجاً من الرخصة في تملكه ، أو أنه وإن جازله ذلك إلا أنه يجب عليه رده له و إن ملكه ، عملاً بالدليلين معاً ، إلا أنه لا يخفى صعوبة الالتزام بكل منها بل قد يتأمل في دلالة أدلة المقام على مثل ذلك و إنما هي مساقاة لبيان وجوب رد الوديعة على البر و الفاجر و المسلم و الكافر الذي يمكن تنزيله على محترم المال نحو النصوص في المقام ايضاً الدالة على احترام اموال المخالفين معللة بانعامهم في دار هدنة الى ان يظهر صاحب الامر عليه السلام فالمراد حينئذ وجوب رد الوديعة حينئذ على كل محترم المال في الدنيا للهدنة فيها و ان كان كافراً لا ان المراد وجوب ردها حتى على غير محترم المال من الكافر الحربي و نحوه مما جاز تملك ماله او ممن كان للودعي عنده مال غاصب له و اراد المقاصة من وديعته او نحوه ذلك مما تطابقت عليه الأدلة على جوازه ، ولا اقل من التعارض في الأدلة من وجه ، ولا ريب في

(١) الوسائل الباب ٢- و ٣ من ابواب احكام الوديعة .

رجحان أدلة المقاصة و ادلة حلية مال الكافر الحربى مثلاً ، خصوصاً بعد ظهور التعليل فى بعض ادلة المقام « بانامعهم فى دار هدنة » فى محترمي المال و بعد امكان حمل ما هنا على الكراهة من حيث الائتمان بخلاف تلك الأدلة .

بل قد يشكل ردّ المال على الحربى بكونه محكوماً بأنه فىء للمسلمين ، و ملك لهم ، ولعله لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبى الصلاح ، وبالجمله قد ظهر لك من ذلك كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الردّ حتى على الحربى وحتى على من عليه حق المقاصة وغيرهم ، أمكن المناقشة فيه بما عرفت . فتأمل جيئداً و الله العالم .

نعم لا إشكال فى وجوب الردّ على من لم يكن كذلك ❦ إلا أن يكون المودع غاصباً لها ❦ لأنه لا يجب بل لا يجوز ردّها عليه ، لعدم الوديعة شرعاً بل ❦ يمنع منها ، ولو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار ❦ مع توقف الحفظ .

❦ و يجب إعادتها على المصوب منه إن عرف ، وإن جهل عرفت سنة ، ثم جاز التصديق بها عن المالك ، و يضمن المتصدق إن كره صاحبها ❦ لخبر حفص بن غياث ^(١) المنجبر ضعفه بعمل الأكثر « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من المصوص دراهم أومتاعاً ، واللعن مسلم فهل يرد عليه قال : لا يردّه ، فإن أمكنه أن يردّه على صاحبه فعل . و إلا كان فى يده بمنزلة اللقطة يسببها فيعزّفها حولاً ، فإن أصاب صاحبها ردّها عليه ، و إلا تصدّق بها ، و إن جاء بعد ذلك خيبره بين الأجر و الغرم فإن اختار الأجر فله و إن اختار الغرم غرم له ، فكان الأجر له .

خلافاً للحلبى و الحلى - فأوجباً ردّها إلى إمام المسلمين ، ومع التعذّر يبقى أمانة ثم يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق ، وعن الفاضل فى المختلف أنه قوّه ، لأنّه أحوط ، و لضعف الخبر الذى قد عرفت إيجابه ، - و للمفيد والديلمى

فأوجب إخراج الخمس قبل التصديق، ولم يذكر التعريف، وللفاضل في الإرشاد، وتبعه الشهيد الثاني فخير بين الصدقة بها - بعد اليأس والتعريف - مع الضمان، وإبقائها أمانة، بل لعله ظاهر المصنف.

إلا أن الجميع كما ترى خصوصاً بعد ما سمعت من الخبر المعمول به بين الأصحاب الموافق للمعلوم من حكم مجهول المالك الذي ما نحن فيه فرد منه، ولا ينافيه التعريف سنة الذي هو حكم اللقطة، لا مجهول المالك الذي حدد التعريف به اليأس لا السنة، لا يمكن حمل الخبر المزبور على إرادة حصول اليأس بذلك غالباً، أو على إرادة بيان أن الفرض مثل اللقطة التي عرفت حولاً في أصل التصديق بها والضمان بقرينة قوله «وإلا» المراد منه عدم إمكان رده على صاحبه، حتى بالتعريف لحصول اليأس منه.

ولعل ذلك على سبيل الوجوب، الأمر به، وكونه طريقاً من طرق الإيصال إليهم إلا أن يكون المراد بالأمر الرخصة في ذلك، لأنه في مقام توهيم الحظر، ولأن الأمر به على حسب الأمر به في اللقطة، المخير فيها بينه وبين إبقائها أمانة. ولأن في الوجوب ضرراً عليه، باحتمال القرم.

ولعله لذا كان خيرة الفاضل وثاني الشهيدين ما عرفت، ولعل الأولى من ذلك دفعه إلى إمام المسلمين أو نائبه الذي هو ولي من لا ولي له، ليسلم به من الضمان، وهو الذي ملحه الحلبي والحلي، ولا مانع منه على إرادة الجواز أمّا الوجوب فهو منافي لظاهر أمر من في يده بالصدقة به.

ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لوجاء ولم يجر أو بمعنى كونه كسائر الديون، فيجب الإيصال به، ويجب على الورثة، وجهان؛ أو لهما أنسب بأصل البراءة، وثانيهما أنسب بقاعدة «على اليد» و«من ألتف» و«عدم إجازة الفضولي».

﴿و﴾ على كل حال فلو كان الغاصب مزجها بماله، ثم أودع الجميع فإن أمكن المستودع تمييز المالين، رد عليه ماله ومنع الآخر ﴿بلا خلاف ولا إشكال﴾،

﴿وان لم يمكن تمييزهما﴾ ولو بالقسمة الإجمالية ﴿وجب إعادتهما على الغاصب﴾ عند الأصحاب على ما نسبته إليهم غير واحد ، بل عن الغنية والسرائر الإجماع عليه ، تقديماً لا احترام المال المعلوم مالكة ، على غيره الذي لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه .

لكن في المسالك و تبعه عليه غيره إنَّ الأوفق بالقواعد ردّه على الحاكم مع إمكانه ، ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ، ومع تعذّره يحتمل قوياً جواز تولي الودعي القسمة إن كان مثلياً ، وقدر حقّ الغاصب معلوماً ، جمعاً بين الحقين ، والقسمة هنا إجبارية ، للضرورة ، تنزيلاً للودعي منزلة المالك ، حيث قد تعلّق بضمانه ، وللحسبة ، ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلاً ففيه إشكال ، ويتوجه حينئذٍ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الأطلاع على الحقّ ، ويحتمل عدم جواز الردّ مطلقاً مع إمكانه ، إلى أن يعترف الغاصب بقدر معين ، أو يقاسم لا يستحاله ترجيح حقه على حقّ المغصوب منه ، مع تعلّق الودعي بالحقين .

قلت : لعلّ المتبجّه أولاً قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذّره ووكيله ، فإن تعذّروا فالودعي أو غيره ممن يقوم مقامهم في الحسب ، كما أنّ المتبجّه الرجوع إلى الحاكم في صورة عدم العلم بالقدر ، بل لعلّها أولى من الأولى التي يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب ، المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمة بعدم العلم بالقدر ، وربما يكون المتبجّه حينئذٍ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمة أو الرجوع إلى الصلح معه من الحاكم أو من يقوم مقامه مع تعذر المالك ، وحينئذٍ يكون هو الوجه في الأمر برّد الجميع على المالك ، مضافاً إلى الإجماع المزبور .

الامر * الثاني : فى موجبات الضمان

و ينظمها قسمان : التفريط والتعدي * بل قسم واحد ، وهو التقصير وإن حصرها بعضهم فى ستة : الانتفاع بها ، والإيداع ، والتقصير فى دفع المهلكات ، والمخالفة فى كيفية الحفظ ، والتضييع بأن يلقبها فى مضية ، والجحود ، والأمر سهل بعد معلومية عدم ضمانها بدونهما إجماعاً بقسميه ونصوصاً ، والضمان مع كل منهما كذلك ، لصدق الخيانة المقابلة للإيتمان الميجعول فى النصوص سبباً أو عنواناً لعدم الضمان ، ولصدق الائتلاف والتضييع فى الأول منهما ، والنصوص المتقدمة ^(١) فى باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والإستهلاك ، بعد معلومية اشتراك الجميع فى الحكم المزبور ، باعتبار كونها أمانة .

وما فى بعض النصوص ^(٢) من عدم ضمان الثوب المرهون إذا تلف بترك نشره ، معرض عنه ، وإن أفتى به بعضهم ، لكنه شاذ مع إمكان حمله على ما إذا لم يكن تفريطاً ، أو بنهى المالك عنه ، أو غير ذلك مما لا بد منه ، للجمع بين النصوص التى لاختلاف معتد به فى الفتوى بها بالنسبة إلى ضمان كل أمانة بهما .

مضافاً إلى مكتبة محمد بن الحسن ^(٣) أبان محمد عليه السلام « رجل دفع إلى رجل وديعة فوضعها فى منزل جاره ، فضاغت هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه فوقع عليه السلام هو ضامن لها انشاء الله » .

وكيف كان فقد فرق بينهما فى المسالك بأن التعدى فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب و نحوه و * أمّا التفريط * فأمر عدى ، وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن والباب - ١ - من أبواب أحكام المضاربة .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الرهن الحديث - ١ .

(٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الوديعة الحديث ١ .

وبحوه ، قلت : قد عسر عنه في نصوص الرهن بالإستهلاك والتضييع وبحو ذلك مما هو أمر وجودي أيضاً ، وإن تقوم بعض أفراده بالعدم ، فلا يكفي حينئذ في إثباته بالأصل كما أشرنا إليه سابقاً ولذا جعل المصنف وغيره من أمثلته ﴿أن يطرحها فيما ليس بحرز﴾ ويذهب عنها ، ولم يبق مراعيّاً لها بعينه التي هي حرز أيضاً ، ولا ريب في أنه وجودي .

نعم قوله ﴿أو يترك سقى الدابة أو علفها ، أو يترك﴾ نشر الثوب﴾ مثلاً الذي يفتقر إلى النشر﴾ قديتوهم منه ذلك ، لكن المراد استهلاكه وتضييعه بترك ذلك ، لأن مجرد عدم ذلك ولو لا كراه وبحوه تفريط منه ، فيكون حينئذ وجودياً ، ولعل الأمر في ذلك كله سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلك من دون بيّنة ، ولو لا أنه أمين يصدق في دعوى عدم التفريط ، أولاً أن قوله موافق لأصالة البراءة من الضمان الذي هو غير محتاج إلى واسطة ، بخلاف عدم نشر الثوب التي هو واسطة في إثبات الضمان .

وكيف كان فهو سبب من أسباب الضمان بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، فلا تفاوت حينئذ بين التلف به أو غيره كيد العدوان التي هي سبب فيه وإن تلف بأفة سماوية ، وليس ذلك لانفساخ الوديعة ، بل هي باقية ، للأصل ، وعدم المنافاة بذلك في الأثناء لها ، بحوما سمعته في مال المضاربة الذي قد تعدى فيه العامل ، فإنه يقتضي الضمان وإن بقي العامل على مضاربتة ، وتسببه الضمان على هذا الوجه ، إما للإجماع ، أو للخيانة ، أو للمكاتبه المزبورة أو لنصوص الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان به وبالتعدى ، من غير تقييد بالتلف في خصوص ما صدر منه من التفريط والتعدى ، واختصاص المورد في بعض النصوص لا يقتضي تخصيص الوارد ، إنما الكلام في اقتضاء ذلك الضمان منه ، حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعة لذلك أو نسيان أو إكراه أو نحو ذلك مما يكون الودعي معذوراً فيه شرعاً ، وجهان وفي القواعد « ولو ضيّع بالنسيان فالأقرب الضمان » كما عن التحرير والإيضاح

وجامع المقاصد ، وهو متجه لو ثبت تسببيه على وجه يشمل الغافل والناسى ونحوهما ممن هو غير مكلف ، وبذلك يفرق بين الإلتاف وبينه ، بناء على ثبوت من ألتف أو نحوه مما يشمل هؤلاء أجمع .

ودعوى إقتضاء إطلاق^(١) « على اليد » ذلك ، إنما خرج الوديعة الذى لم يقع منه ذلك ولو نسيانا .

يدفعها أنه ليس بأولى من القول بأن إطلاق ما دل على عدم ضمان الأمين يقتضى العموم ، وأقصى ما خرج منه العامد الآثم ، دون غيره ، ولعل هذا أولى ، ولا أقل من الشك ، والأصل البراءة .

لكن الانصاف إمكان ما يقضى بتسبيب مباشرة الإلتاف ونحوه ، مما يصح النسبة معه حتى مع الغفلة والنسيان ، ولعل هذا هو المدار فى التفريط والتعدي فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان ، وإلا فلا والله العالم . وكيف كان فلا إشكال فى الضمان فى الجملة بما سمعت من أمثلة التفريط « أو يودعها من غير ضرورة ولا إذن » فإنه كذلك ، المخبر السابق^(٢) وللمتعدى فيها ، من غير فرق بين الزوجة والعبد ، والخادم ونحوهم ، مع فرض عدم قرائن حالته أو مقالية تقتضى الإذن بذلك ولابن الثقة وغيره ، ولا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها وشريكا فى الحفظ ، بحيث يغيب عن نظره .

وفى المسالك « هو موضع وفاق ، ولأنه تصرف فى مال الغير بشئ اذنه لأن المالك لم يرض بيد غيره وأمانته - بل قال - : وفى حكم مشاركة غيره فى الوديعة وضعها فى محل مشترك فى التصرف ، بحيث لا يلاحظها فى سائر الأوقات ، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج ، نعم لو كان عند مفارقتها لضروراته يستحفظ من يشق به ، ويلاحظ المحرز فى عوراته ، رجح فى التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به ، ولأنه ايداع عند الحاجة » .

(١) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٨ - من ابواب اللقطة الحديث ١ .

قلت : لعلّه كذلك فيه وفي كلّ ما جرت العادة به في الودائع التي يمكن دعوى بناء العقد على ذلك ، وعلى فهمها من الإطلاق ، والأمر سهل .

إنّما الكلام في الضرورة التي ذكرها المصنف قال في المسالك : « لو حصل ضرورة الإيداع بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفرًا وتعذر ردّها إلى المالك أو وكيله ، دفعها إلى الحاكم ، ولا يسمى ذلك إيداعاً ، فإن تعذر أو دعها العدل ، وهذا هو الخارج بالقيد ، فلا يجوز إيداعها للضرورة ابتداءً ، بل على الوجه الذي فصلناه ، وسيأتى في كلامه التنبيه عليه » ، إلى غير ذلك من كلامهم الظاهر في جعل الضرورة عنواناً لجواز الإيداع لكن ليس في شيء من النصوص ذلك كي يرجع في مصداقها إلى العرف ، وأن السفر للدنيا أولاً خرة أول للنزاهة ونحوها منها أولاً .

ثم إنّه مع تعذر الحاكم ينبغي الرجوع إلى عدول المؤمنين القائمين مقامه في الحسب ليكون علم الرّ دّ للمالك لا إيداعاً للضرورة كما سمعته من المسالك ، واحتمال إرادته ذلك من إيداع العدل يدفعه قوله : إن هذا هو الخارج بالقيد إلى آخره ، على أنه مع تسليمه قدينا نقش بعدم كونه إيداعاً عرفاً أيضاً مع فرض عدم إذن المالك له ، ورخصة الشارع له فيه لا نصيره وديعة عرفاً ، ودعوى حصول الإذن من المالك له في هذا الحال واضحة المنع ، فليس حينئذٍ إلّا القول بأنه مخاطب بحفظها من جهتين ، أحدهما من حيث كونه وديعة ، والأخرى من حيث أنها مال محترم ، فمع فرض الضرورة يتعين عليه ملاحظة الجهة الثانية ، فيودعها لذلك ، وليس هذا وديعة اصطلاحاً ، إذ هي استئابة من المالك في الحفظ ، وإنّما هو وضع منه لحفظها ، في يد غيره لأن له ولاية عليها بالنسبة إلى حفظها وإن لم يكن له ولاية على مالها .

فاستثناء الضرورة حينئذٍ من عدم جواز الإيداع بهذا المعنى ، لا أن المراد جواز الإيداع من حيث كونه وديعة ، لكن حال الضرورة على معنى ضرورة الإيداع حالها من أفراد الحفظ الذي قد استفيد الإذن فيها من عقد الوديعة ، فتأمّل جيّداً فإنه يترتب على ذلك ثمرات .

وبه يظهر الفرق بين حالي الضرورة ، والإذن الذي مرجعه إلى الرخصة من المالك في حفظ الوديعة بهذا الفرد الذي لم يفهم من الإطلاق ، وهل يكون الوديع الثاني حينئذٍ وديعاً للمالك فلا يفسخ بموت الوديع الأول مثلاً أو أنه وديع له لا للمالك.

ثم إنّه هل يحكم بالضمان مثلاً بمجرد الإيداع ، حتى يعلم الضرورة أو الإذن ، أم يحكم بالبراءة حتى يعلم عدم الضرورة والإذن ، وجهان : وفي تصديق الأمين في دعوى الضرورة والإذن وجه ، وإن كان يقوى خلافه في الأخير ، كما أنه قديقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلاً أو السفر بها مع عدم ثبوت الضرورة والإذن ولو بدعواه ذلك ، بناء على تصديقه لموت ونحوه فتأمل .

وعلى كل حال فقد ظهر لك أنّ من التفريط أو التعدي أن يودعها على الوجه المزبور .

﴿أويسافر بها كذلك﴾ بلا ضرورة ولا إذن ﴿مع خوف الطريق وأمنه﴾ بلا خلاف أجده فيه ، لعدم تناول إطلاق العقد السفر الذي هو نوع تقرير بها إلاّ مع القرينة ، كما لو أودعه في حال السفر أو نحو ذلك ، والبحث في الضرورة والإذن على نحو ما سمعته في الإيداع ، حتى بالنسبة إلى الرد على المالك أو وكيله أو الحاكم ، بل في التذكرة « لو سافر بهامع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف » بعد أن صرح بعدم لزوم المقام عليه ، لحفظ الوديعة ، لأنّه مشرع بإمسакها ، وإلّما يلزمه حينئذٍ الرد إلى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الأمين كما أنه في محكي المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان بالرد إلى الحاكم أو العدل ، إذا أراد السفر ، قال : « لأن السفر مباح ، فلو قلنا : ليس له ردّها لمنعه من المباح الذي هو السفر » .

نعم في المسالك هنا « فإن تعذر أودعها العدل ، فإن فقد فلا يخلو إما أن يخاف عليها مع إبقائها في البلد أولاً فإن خاف جاز السفر بها كما سيأتي ، وهو الموافق لمفهوم العبارة هنا ، وإن لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلك أي كالسابق ، وهو عدم

الضرورة والاذن أنه لا يجوز السفر بها حينئذٍ ، وهو كذلك ، لأنّ الاذن مع الإطلاق إنما يتناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة ، ولأن السفر لا يخلو من خطر في الجملة ، وللخبر إلى آخره ، والخبر هو قوله ﷺ ^(١) «إن المسافر وماله لعلّى تلف إلا ما وقى الله» لكن هل يجب عليه الإقامة حينئذٍ مع عدم كون السفر ضرورياً له ، أو يجوز له السفر بها ضامناً لها والمحكى عن التذكرة بل والتحرير التخيير بين الأمرين الإقامة ، أو السفر بها ضامناً لها .

قلت : قديقال : إن المتجه الأول للمقدمة ، واليه يرجع مافي المسالك حيث أنه بعد أن حكى عن التذكرة ما سمعت ، قال : « والأجود المنع » ، لكن الأنصاف أنه ينبغي التقييد بما إذا لم يتمكن من حفظها في محلها وإن سافر عنها ، على وجه لا يعد كونه مفرطاً فيها ومضيئاً لها ، وإلاّ جازله السفر مع ذلك ، بل قد يقال : بأن له مصاحبته في سفره حافظاً لها مع فرض عدم إمكان حفظها مع السفر عنها ، ولا تجب الإقامة معها ، ولا ضمان عليه إذا السفر ان لم يكن ضرورياً له ، حال ضرورة تجوز له مصاحبته ، كما جوّزت له إبداءها من الثقة الذي قد عرفت عدم جوازه لإمّاع الاذن أو الضرورة التي منها ارادة السفر وان لم يكن ضرورياً ، فتأمل .

ومن ذلك يعلم انه لو فرض كون السفر ضرورياً له أو ضرورياً لها سافر بها حينئذٍ ، ولا ضمان عليه قال في التذكرة : « لو اضطر الى السفر بالوديعة بأن يضطر الى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ، ولم يجد المالك ولا وكيله ، أو اتفق جلاء لأهل البلد ، أو وقع حريق أو غارة أو نهب ، ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل ، سافر بها ولا ضمان إجماعاً ، لأن حفظها حينئذٍ في السفر بها ، والحفظ واجب ، فإذا لا يتم إلا بالسفر بها كان السفر واجباً ، ولا نعلم فيه خلافاً » .

و في محكى المبسوط إذا كان البلد مخوفاً بغزاع من النهب والحريق فله أن يسافر بها ، ولا ضمان عليه بالإخلاف .

(١) أورده العجلوني في كشف الخفاء بالرقم ٢١٠٢ وفيه « على قلت » وقلت

ولعل المحصل من كلامهم مسائل ، منها : ان له السفر وان لم يكن ضرورياً له ، ولا يحرم عليه السفر من جهتها كما سمعته من المبسوط والتذكرة ، إلا أنه يجب عليه الرد المزبور ، وقد يناقش فيه ان لم يكن اجماعاً بأنه مخالف للسيرة المستمرة في جميع الأعصار والأعصار على السفر من الوديعين بدون ذلك ، والاكتفاء ببقائها في حرزها اللائق بها في داره التي بيد زوجته وأولاده وعياله ، وليس ذلك ايداعاً لها عندهم ، بل هو نحو اللبث أيتاماً عديدة لما دون المسافة للإعتكاف وغيره ، والودعة في حرزها بيد الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم ، ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمة للحفاظ الواجب عليه .

واحتمال أن له فسخها في كل وقت ، باعتبار كونها عقداً جائزاً فيردّها حينئذ الى المالك أو وكيله أو الحاكم ، أو يودعها الى الأمين .

يدفعه ما سمعه من المصنف وغيره من عدم جواز دفعها الى الحاكم مع عدم العذر ، وأنه يضمن بذلك ، وما تقدم سابقاً من عدم جواز ايداعها الى الثقة الا لضرورة ، والفرض عدمها مع عدم كون السفر ضرورياً له .

ومنها وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمة للحفاظ الواجب عليه ، وقد يناقش بعدم ثبوته على الإطلاق ، كي يكون ذلك واجباً عليه للمقدمة ، ولعله لذا جزم فخر الاسلام فيما حكى عنه بعدمه ، قال « لا يجب السفر عليه لأجلها وإن خاف تلفها بدونه ، بل إن اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجباً ، وإنما يجب مصاحبها لو اختاره » بل لعله ظاهر كل من عبّر بجواز السفر ، كالمصنف فيما يأتي وغيره ، ودعوى إرادة الأعم من الوجوب ممنوعة فتأمل جيئداً وربما يأتي لذلك تنمة ان شاء الله .

ومنها التخيير بين السفر بها ضامناً لها أولاً والاقامة مع تعذر النفقة وقدمت الحال فيه .

﴿و﴾ من التفريط أو التعدّي أيضاً ﴿طرح الاقمشة﴾ أو الكتب ونحوهما ﴿في المواضع التي تمنعها﴾ أو تفسدها مدة تكون به كذلك عادة ، بل في المسالك « يمكن

اعتبار كونه ضرراً لها مطلقاً ، فلا يجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وإن عزم على ثقله قبل الفساد ، نظراً إلى أنه ليس بحرّز له عادة ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة ملاحظة طول المكث وقصره في الحرّز عادة كما هو واضح .

﴿وكذا﴾ يضمن ﴿لوترك سقى الدابة وعلفها مدة لا تبصر عليها﴾ مثلها ﴿في العادة فماتت به﴾ لتحقيق التفريط ، بخلاف موتها قبل ذلك فإنه لم يتحقق التفريط ، والأصل البراءة من الضمان .

نعم لو اتفق بقاءها وعدم فوتها بذلك كانت داخلة في ضمانه ، كما أنه لو نقصت بالترك المزبور ضمن النقص .

قال في التذكرة لو امتنع المستودع من ذلك ، وعن السقي والعلف حتى مضت مدة تموت مثل تلك الدابة في مثل تلك المدة نظر ، إن ماتت ضمنها ، وإن لم تمت دخلت في ضمانه ، وإن نقصت ضمن النقصان ، فإن ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ، ومرجعه إلى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط قبل مضيها كما أن مرجع ما ذكره المصنف إلى ذلك ، لا إلى إرادة اختصاص الضمان بالموت به ، كي يكون منافياً للمعلوم المقطوع به عندنا ، من ضمان ما تحقق به التفريط إن تلفت بأي سبب يكون .

وبذلك يعرف مافي المسالك ، فإنه بعد أن ذكر ذلك قال : « فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مدة لا تبصر عليه عادة ، إن أريد به هذا المعنى ، فلا إشكال من هذه الحيثية ، لكن يشكل اختصاص حكم الضمان بموتها ، مع أنها قد صارت مضمونة بالتفريط ، ومن شأن المضمون أن لا يفترق الحال بين تلفه ونقصه بذلك السبب وغيره وسيأتي له نظائر كثيرة في كلامه ، وإن أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه كما هو الظاهر ، أشكل الحكم مما سبق ، ومن توقف الضمان على ترك هذه المدة ، مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه وبتركه يتحقق التفريط .

إذ لا يخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه ، من أن مراد المصنف العلم بتحقيق التفريط بذلك ، إذ ترك المعتاد مع فرض عدم التمريض به لتلف مثل هذه الدابة لا يمد تفريطاً قطعاً ، وإن قلنا بوجوبه عليه للعادة ، ثم قال : « وفي عبارة

العلامة ماهو أبلغ معاهنا ، فإنه قال في التذكرة وحكى منا حكيمناه ثم قال : هذه عبارته ، وقد علق الضمان فيها كما ترى على ترك ذلك مدة يموت فيها عادة ، لا تأخير زيادة على المعتاد ، ولا زيادة على ما تصبر عليه عادة ، مع أنك قد عرفت معنى عبارة المصنف ، وأن مرجعها إلى ما ذكرناه من عدم تحقق التفريط بدونه ، وعدم الضمان بالموت قبله .

﴿ القسم الثاني ﴾ في ﴿ التعدي ﴾

الذي قد عرفت تسببه الضمان وهو ﴿ مثل أن يلبس الثوب ﴾ مثلاً للانتفاع به أو بلا قصد لأن يلبسه لحفظه ﴿ أو يركب الدابة ﴾ كذلك ﴿ أو يخرجهما من حرزها لينتفع بهما نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية ﴾ للأصل وعدم صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتي من الزمان ، ولكن لم يفعل ، ولم يغير بيته في قبضه عن المالك .

أما لو نوى الغصب في استدامة القبض صار ضامناً وغاصباً لكونه كما لو قبضها من أوّل الأمر على وجه الخيانة ، لا الأمانة على ما اعترف به في المسالك ، إلا أنه قال بعد ذلك : وفي تأثير النية في استدامة الأخذ كما يؤثر في ابتدائه وجهان : من ثبوت اليد في الموضوعين مقتراً بالنية الموجب للضمان ، ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة ، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان ، وورد في التذكرة ، ويتحقق ذلك في صور منها : أن ينوى الأخذ ولم يأخذ أو لا يستعمل ولم يستعمل أو أن لا يردّ الوديعة بعد طلب المالك ولم يتلفظ بالبحود ، وغير ذلك فقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية .

قلت : لا يخفى عليك انفساخ الوديعة بتجديد النية في استدامة القبض أنه له للمالك ، فإن قبول الوديعة كما يجابها محتاج إلى استدامة النية السابقة ، ولذلك قال الفاضل في القواعد في كتاب الغصب : « ان المودع إذا جحد أو عزم على المنع فهو

من وقت الجحود والعزم غاصب، ووافقه عليه غيره، مع أنك ستسمع في الضمان بالجحود ما يؤكّد ذلك.

كما أنه ممّا ذكرنا ظهر لك الفرق بين نيّة الارتفاع بمعنى العزم عليها فيما يأتي من غير تغيير في استدامة القبض عن المالك، وبينها مع التغيير المزبور، وبه يجمع بين كلام الفاضل في الغصب الذي سمعته، وكلامه هنا، وهو «لو نوى الأخذ للارتفاع ولم يأخذ به لم يضمن، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية، لأنّ سبب أمانته مجرد النية، وكذا أي يضمن لو جدّد الإمساك لنفسه، أو نوى بالأخذ من المالك الارتفاع».

ولعله أولى ممّا ذكره الشهيد في المحكي عن حواشيه من الجمع بينهما إن لم يرد ما قلناه، فلاحظ وتأمل فيه، بل وفي ما ذكره الفاضل من الفرق بين اللقطة والوديعة، والأمر سهل بعد معرفة التحقيق في أصل المسألة.

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿لو طلبت منه فامتنع من الرّد﴾ في أوّل أوقات الإمكان الذي هو بمعنى التمكن منها ﴿مع القدرة﴾ عقلاً وشرعاً وعرفاً على الوجه الذي تقدم سابقاً ﴿ضمن﴾ لانقطاع الإذن بالاستئابة في حفظها، وتغيير يد الإيتمان حينئذٍ بيد العدوان كما عرفته فيما مضى مفصلاً.

﴿وكذا﴾ يضمنها ﴿لو وجدّها﴾ بعد طلبه منها ﴿ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها﴾ لما عرفت من انقطاع الإذن ببقائها بالطلب، فهي حينئذٍ في يده مضمونة عليه، مضافاً إلى خيائته بجحوده، ولو وجدّها ابتداءً أو عند سؤال غيره ففي المسالك «لم يضمن لأن الوديعة مبنية على الاخفاء فالكاره لها بغير طلب يوجب الرّد أقرب إلى الحفظ وهو كذلك مع العلم بأن جحوده لها لذلك».

أما إذا علم كونه لا رادة غصبها فالمستجبه الضمان، لانقطاع قبولها وديعة حينئذٍ بل قد يقال بذلك بجحوده الذي لا يعلم حاله، أخذاً بظاهره، إلا أنّ أصالة البراءة واستصحاب الامانة وغيرهما يقتضي العدم، ولعله الأقوى.

ولو لم يطلبها المالك، لكن سأله عنها أوفال: لى عندك وديعة، فألكر، ففي

الضمان قولان :

أحدهما : عدم كما عن التذكرة ، لأنه لم يمسكها لنفسه ، ولم يقرّ يده عليها
بغير رضا المالك ، حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لا يبطل الوديعة ، ولا يرفع الأمانة
بخلاف الطلب .

والثاني ثبوته لأنّ جحوده يقتضى كون يده ليست عن المالك ، لأنّ نفى الملزوم
يقتضى نفى لازمه من حيث هو لازمه ، فلا يكون أميناً عنه ، فيضمن كما عن الفخر
والكركي ، وقد عرفت فيما مضى قوته ، وأنه لذلك يكون غاصباً ، ولو أظهر بجحوده
عذراً بنسيان و نحوه لم يضمن إن صدقه المالك ، وإلا ضمن عملاً بظاهر الحال ،
وأصالة عدم النسيان ، وتستسمع في المسألة السابعة في اللواحق ما يؤكد ذلك .

نعم لو كان الجحود لمصلحة الوديعة بأن يقصده دفع ظالم أو متغلب ونحو ذلك
لم يضمن ، ضرورة بقاء يده على الأمانة . وزيادة الاحسان في الفرض والله العالم .
﴿ ويضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز ﴾ بخلاف أجده ، للتعدي بالتصرف
الذي لا إذن فيه ، سواء كان بأجود أو مساو أو أردى ، بل لو خلطها بمال للمودع كذلك
ضمن أيضاً ، سواء كان وديعة أيضاً عنده أو أمانة أو غصباً ، ومنه يعلم أنّ سبب الضمان
المدون ، لا الشركة .

نعم في المسالك وغيرها عدم الضمان مع تمييز المالكين إن لم يستلزم المزج تصرفاً
آخر غير المزج منهياً عنه ^(١) ، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك ، فالضمان
المنفى على تقدير الإمتياز من حيث المزج ، وإن أوجبنا الضمان من حيثية أخرى
ولعله كذلك ، للأصل ، إن لم نقل بتحقيق المدون في نفس الخلط والمزج ، باعتبار
كونه تصرفاً في الوديعة غير ما هو نائب فيه ، ولا من مقدماته ، وإلا ففيه إشكال .

﴿ وكذا يضمن لو أودعه مالا في كيس مختوم ﴾ أو في صندوق مقفل أو مدفون
﴿ ففتح ختمه ﴾ وقفله ونبشه وإن لم يكن بقصد أخذ شيء منه ، وكذا ما أشبه الختم
في الدلالة على قصد المالك الإخفاء كالخياطة ونحوها .

(١) هكذا في النسخ والظاهر « غير المزج المنهى عنه » .

نعم فى المسالك ومحكى التذكرة عدم الضمان فى حلّ ما يقصد به المنع من الإلتشار وإن كان للأخذ ولم يأخذ ، مع إمكان المناقشة فيه ، بأنّهما معاً تصرف غير ماذون فيه ، فهو تعدّهما هو نائب فيه ، فيضمن أيضاً كما اعترف به فى جامع المقاصد اللّهم إلاّ أن يقال بكون العدوان الذى يتبعه الضمان خصوص ما يصدق عليه الخيانة عرفاً من التصرف ، لامطلقاً وإن أئتم به ، باعتبار عدم الإذن فيه .

ولعلّه لذا جزم الأردبيلي فيما حكى عنه « بأنّه لا ضمان فى شيء من ذلك ، حتى فى فتح الختم ، للأصل ، وعدم التصرف والتقصير فى الحفظ ، ولم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ، ولا بد له من دليل » ، وهو جيّد إن لم يكن دليله الإجماع على الضمان بالتعدي الذى هو التجاوز عمّا يقتضيه إطلاق عقد الوديعة ، وإن لم يصدق به الخيانة أو أنها تتحقق به ، مضافاً إلى ما يمكن دعوى استفادته منصوص الرهن والمضاربة من الضمان بالتعدي مطلقاً ، هذا كله فى الختم من المالك .

أما إذا كان من الوديع ففتحها لم يضمن على ماصّرّح به غير واحد ، إلاّ إذا كان بأمر المالك بعد الإلتيداع أو قبله ، فانه كختم المالك ، ومن ذلك يعلم الحال فيما قيل : من أن المراد بالضمان فى المتن وغيره ضمان المظروف ، كما صرّح به جماعة ، وأمّا الظرف ففى ضمانه وجهان ، واستقرب فى التذكرة عدمه ، لانه لم يقصد الخيانة فى الظرف ، مع انه حكى عنها التوقف فى الضمان بعد الدراهم الغير المختومة أو وزنها أو ذرع الثوب من انه تصرف فى الوديعة ، ومن أنه لم يقصد الخيانة وردّ بأنّ المعتمد فى الضمان التعدي بالتصرف فى الوديعة بما لا يقتضيه إطلاق عقدّها ، لا قصد الخيانة ، ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا وجه الكلام فى المسألة .

ومنه يعلم ما عن المبسوط والتذكرة والتحرير ، وفى المسالك من أنه « لو خرق الكيس ، فإن كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفض الختم ، وإن كان فوقه لم يضمن إلاّ نقصان الخرق » .

﴿ وكذا ﴾ يعلم منه الحال أيضاً فيما ﴿ لو أودعه كيسين فمزجهما ﴾ بآخر حتى مع اتحاد المالك ، بل فى المسالك « يمكن إرادة تعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج ،

لاستلزامه التصرف في المالين بغير إذن المالك ، حيث اقتضى إخراج أحدهما من كيسه وصبة على الآخر ، والظاهر أنه يضمن المخرج مطلقاً ، وأما الأخير فإن كان مختوماً ضمنه ، وإلا فلا مع بقاء التمييز لأنه لم يحدث فيه تصرفاً ممنوعاً منه مع احتمال الضمان وهو قول لبعض الأصحاب .

قلت : قد عرفت الوجه في جميع ذلك ، وربما كان في كلامه هنا منافاة لما ذكره سابقاً في الخلط ، هذا كله إذا كان الكيسان للمودع أما إذا كانا للوديع فلا ضمان مع بقاء التمييز ، لأن له نقل الوديعة من محل إلى غيره ، وله تفريغ ملكه ، ولا يتعين عليه الحفظ فيما وضع فيه أولاً .

ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي ، كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب ولو كان منفصلاً أو الأتلاف خطأ ففي القواعد ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم وقد يشكل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقيق الخيانة ، بل قد يدعى أن المدار في الاتحاد ايداع الجميع بمقد واحد ، إلا أنه لا يخلو من بحث والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ يضمن الأمين على الدابة مثلاً ﴿ لو أمره بإجارتها لحمل أخف ، فأجرها لأثقل أولاً سهل فأجرها لأشق كالفطن والحديد ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لصدق التعدّي والخيانة ، بل في المسالك « احتمال تحققه بمجرد العقد لتسليطه على الإلتفاف العدواني فيخرج عن كونه أميناً كما يضمن بجهوده بل بمجرد ليته على قول مع عدم فعل ما يوجب الضمان ، وإن كان لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً .

كما أنه لا يخفى عليك ما ذكره أيضاً فيها من أن المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع على التقديرين ، لتحقيق العدوان في ذلك الانتفاع ، مع احتمال التقييد خصوصاً في حمل الأثقل ، لأن القدر المأذون فيه ليس بمضمون ، وإنما التعدّي بالزائد فيقسط الزائد عليهما ، وعلى هذا فيعتبر في الآخر ما يساوي المأذون من الضرر ، مع احتمال ضمان الجميع هنا وإن قلنا به ثم ، لأن مجموع الحمل مغاير للمأذون ،

بخلاف الانقل إذا كان الثقل مستنداً إلى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس ، كما لو أذن له في حمل قفيز فأجرها لقفيزين ، ضرورة كون مراد المصنف ضمان نفس العين التي لا ينبغي التوقف في ضمانها أجمع بالتعدي المزبور ، وأما المنفعة فللبحث فيها مقام آخر والله العالم .

﴿ ولو جعلها المالك في حرز مقفل ، ثم أودعها ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع ﴾ لصدق التعدي والخيانة بذلك ، بل قد عرفت تحقيقهما بالفتح وإن لم يكن للأخذ ، بل ربما قيل بذلك بنية الأخذ ﴿ ولو لم تكن مودعة في حرز ، أو كانت مودعة في حرز للمودع ﴾ بفتح الدال ﴿ فأخذ بعضها ضمن ما أخذ ﴾ خاصة بأخذه وإن لم يسرفه ، لصدق التعدي والخيانة فيه دون غيره ، والفتح إنما هو في ملكه ، ولا أقل من الشك ، والأصل بمعاينة عدة الضمان .

لكن قد تقدم ما يعلم منه البحث في ذلك ، كما أنه قد تقدم ما يعلم منه حكم الشك بأمر المالك بعد الاستيداع وقبله وحكم بنية الأخذ من الوديعة في الأثناء والابتداء .

لكن في المسالك هنا « أنه لو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقاً ، لأنه لم يقبضها على وجه الأمانة ، بل على سبيل الخيانة ، وفي تأثير النية في استدامة الأخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان : من ثبوت اليد في الموضوعين مقرراً بالنية الموجب للضمان ؛ ومن أنه لم يحدث فعلاً مع قصد الخيانة ، والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان ، و تردّد في التذكرة ، ويتحقق ذلك في صور ، منها : أن ينوى الأخذ ولم يأخذ أو الاستعمال ولم يستعمل ، أو أن لا يرد الوديعة إذا طلب المالك ، ولم يتلفظ بالبحرود وغير ذلك ، وقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية » .

قلت : لكن قد عرفت الفرق بين العزم على الانتفاع مع بقاء القبض عن المالك وبينه مع نية كون القبض له ، ضرورة تحقق الغصب في الثاني كما اعترف به في القواعد

وجامع المقاصد وغيرهما ، بخلاف الأول .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ لو أعاد بدله لم يبرأ ﴾ إلا مع إجازة المالك ، لعدم صيرورته بدلاً بدون قبض المالك ، ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه ﴾ خاصة مع التمييز ، بل الجميع في وجه تقدم سابقاً .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لا يميز ضمن الجميع ﴾ قطعاً لما سمعته من تحقق التعدي بذلك ، ولو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه ، كما لم يزل بالرجوع عن كل تفريط وتعد ولا يتعدى إلى الباقي وإن مزجه بحيث لا يميز ، لأن الجميع مال المالك ، غايته أن بعضه مضمون ، وبعضه غير مضمون ولأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ ، وعلى هذا لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهماً ثم رده إليها وتلف بغير تفريط لم يلزمه إلا درهم ، ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم ، وهكذا .

قلت : قد يتوقف في تنقيح قاعدة تقتضي ذلك ، اللهم إلا أن تكون هي قاعدة الاشتراك في الملك بالمزج القهري ، وفي العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح وإلا فقاعدة « على اليد » تقتضي ضمان المأخوذ حتى يعلم أداؤه إلى مالكه ، فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسة أيضاً ، لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقي إلى المالك هذا .

والظاهر أنه لا فرق في جميع ما ذكرنا بين الأخذ بقصد العدوان ، وبينه بقصد القرض ، بعد فرض عدم جوازه له ، لعدم الإذن ولو فحوى ، لكن في خبر الخثعمي ^(١) عن الصادق عليه السلام « قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه فقال : لا يأخذ إلا أن يكون له إذن ، قال : قلت : رأيت إن وجد من يضمنه ، ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم . وفي خبر علي بن جعفر ^(٢) عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الأسناد و

(١) الوسائل الباب ٨ - من أبواب أحكام الوديعة الحديث ١ -

(٢) الوسائل الباب ٨ - من أبواب أحكام الوديعة الحديث ٢ -

مستطرات السرائر « سألته عن رجل كانت عنده ودیعة لرجل فاحتاج إليها هل یصلح له أن يأخذ منها ، وهو مجتمع أن یردّها بغير إذن صاحبها ؟ قال : إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذہ ویردّه . »

إلاّ أنّه لم أجد عاملاً بشيء منهما ، لمنافاتهما أصول المذهب ، ضرورة عدم اقتضاء عقد الودیعة الوكالة في القرض والاستيفاء ، فلا محيص عن طرحهما أو حملهما على الفحوى أو نحو ذلك والله العالم .

الامر الثالث :

في اللواحق : وفيه مسائل ﴿ ﴾ .

﴿ الاولی : یجوز السفر بالودیعة ، إذا خاف تلفها مع الإقامة ﴾ وقد تعذر الردّ إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الأبداع إلى المالك ولا یرفع الخوف علیها به ، بل قيل : إنه یجب علیه السفر بها حينئذ ، وقد عرفت البحث فيه سابقاً .

﴿ ثم ﴾ إنه على كل حال ﴿ لا یضمن ﴾ لعدم كونه متعدّياً ومفرطاً في هذا الحال ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا یجوز السفر ﴾ بها حينئذ ﴿ مع ظهور أمانة الخوف ﴾ ضرورة عدم كونه حفظاً لها ، إذ السفر في نفسه مخاطرة ، كما قال النبی ﷺ (١) المسافر وماله على تلف إلاّ أن یشاء الله . »

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لمو سافر و الحال هذه ضمن ﴾ للتعدي والتفريط ، نعم لو فرض كونه في هذا الحال أحرز لها من البقاء ، ارتفع الضمان حينئذ .

المسألة الثانية : لا یرى المودع إلاّ بردها إلى المالك أو وكيله ﴿ العام او الخاص ﴾ فان فقدهما فإلى الحاكم ﴿ الذي هو دلی الغائب في حفظ ماله لكن ﴾ مع العذر ﴿ للمودع كالعجز عن حفظها ، أو عرض له خوف یفتقر معه إلى السير المنافي لرعايتها ، أو خاف علیها من السرقة أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من

(١) راجع كشف الخفاء للمجلوني الرقم ٢٠١٢ .

الضروريات .

﴿ ومع عدم العذر ﴾ لم يجز له دفعها ، فلو دفعها حينئذٍ ﴿ يضمن ﴾ لان المالك لم يرض بيد غيره ، والفرض عدم الضرورة لاجراها من يده ، فيجب عليه حينئذٍ حفظها إلى أن يجد المالك ، أو يتجدد له عذر ، وفي المسالك « هكذا ذكره الأصحاب ولا نعلم فيه خلافاً بينهم ، ووافقهم جماعة من العامة ، ولكن قد يقال : إن لم يكن اجماعاً بعد جواز فسخ الوديعة له في كل وقت ، وحينئذٍ تكون أمانة شرعية في يده يجب ردّها على المالك أو وكيله أو وليه وهو الحاكم وإن لم يكن ضرورة ، بل قد عرفت سابقاً من إطلاق كلامهم ، بل هو صريح بعضهم جواز السفر عنها وإن لم يكن لضرورة ، إلاّ أنّه يدفعها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل ، بل قد عرفت أيضاً غير ذلك ممّا يظهر بعد التأمل في ملاحظة ما في كلام الأصحاب من التشويش في جملة من الأمور ، فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فحيث يجوز دفعها إلى الحاكم هل يجب عليه القبول لأنه ولي الغائب ومنصوب للمصالح ، أولاً ، للأصل ، ولعلّ الأول أقوى ، وكذا لو حمل إليه المديون الدين مع غيبة المدين والمغضوب ونحو ذلك .

﴿ ولو فقد الحاكم وخشى تلفها ﴾ مثلاً ﴿ جاز إيداعها من ثقة ولو تلفت لم يضمن ﴾ لعدم صدق التعدي والتفريط في الفرض الذي هو أحد أفراد الحفاظ للأمور به في هذا الحال ، لكن قد عرفت فيما مضى أنّ ذلك فسخ للوديعة ، والدفع إلى العدل باعتبار قيامه مقام الحاكم في الحسب ، أو أنّها باقية على الوديعة عنده ولكن جازله ان وجب عليه حفظها بهذا الطريق في هذا الحال وان لم يجز اختياراً وكذا الكلام في

المسألة الثالثة التي هي ﴿ لو قدر على الحاكم ، فدفعها إلى الثقة ضمن ﴾ ضرورة مرجع الجميع إلى وجوب هذا الترتيب ، وقد قدّر مناسباً بما يستفاد منه التوقف في وجوب ردّها مع السفر على الوجه المزبور وأن السيرة والطريقة على خلاف ذلك بل قد يقال حتى لو كان المالك حاضراً ولم يطلبها ، - وما يستفاد منه أيضاً عدم اعتبار كون السفر ضرورياً ، وأنّ الردّ إلى العدل مع فرض عدم كونه لقيامه مقام الحاكم ،

كما هو صريح ماسمعتة سابقاً من المسالك بل وغيرها ، - لادليل على وجوب تعيينه ، ضرورة كونه حينئذٍ أحد أفراد الحفظ ، المخير فيها في هذا الحال بعد فرض جواز السفر له ، بل ربما يتفق الآخرز منه وبهذا يظهر لك النظر في -

المسألة (الرابعة) وهي ﴿إذا أراد السفر فدفنها﴾ في حرز أو غيره أعلم بها العدل أولاً ﴿ضمن إلا أن يخشى المعاجلة﴾ كما في القواعد والإرشاد ، ضرورة ابتناء ذلك على ماسمعتة من وجوب الرد على الترتيب المزبور ، والدفن مناف له ، والإعلام ليس ردّاً ولا إيداعاً ، وفيه ما عرفت من عدم الدليل على إيداع العدل بخصوصه ، بل هو أحد أفراد الحفظ ، كما أنه لو خشي المعاجلة ، أي خاف عليها من معاجلة السارق والظالم لم يضمن حينئذٍ بالدفن المراعى مقدار ما يتمكن منه من الحرزية والإعلام ونحوهما ، لا تحصار طريق حفظها حينئذٍ بذلك ، وكذا لو كان السفر ضرورياً له وخاف معاجلة الرفقة ، فدفنها مراعى ماسمعت بعد تعذر ماوجب عليه من الرد على الوجه المزبور ، ولكن قد تقدم لك ما يعرف منه وجه النظر في ذلك والله العالم .

المسألة (الخامسة) : لو أعاد الوديعة بعد التفريط أو التعتدي بأن ابس الثوب ثم نزعها إلى الحرز لم يبرأ ﴿من الضمان للأصل وغيره﴾ ولو جدّ المالك له الاستيمان ﴿بأن فسخ العقد السابق ورجع المال إلى يده ثم أودعه جديداً أو قلنا بكفاية تجديد العقد وإن لم يرجع المال إلى يده على حسب ماسمعتة في رهن المصوب ببراءة﴾ من الضمان أيضاً بلا إشكال .

وأما لو قال أذنت لك في حفظها أو أودعتكها أو استأمنتك عليها أو نحو ذلك مع عدم فسخ العقد الأول فالأقوى عدم البراءة من الضمان ، للأصل وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك ، إذ هو بالتفريط السابق لم يفسخ عقد أمثله ، ولم يرتفع الإذن له في حفظها وإنما صارت به وديعة مضمونة ، فما في المسالك - من توجيه عدم الضمان بآثمه إنما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقضي الأمانة - لا يخفى

ما فيه ، كما أن قوله فيها أيضاً « ويمكن بناء ما نحن فيه على مسألة أن الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا ، كذلك أيضاً ، لما عرفت من عدم انفساخ العقد الأول المقتضى لبقائها وديعة مضمومة بالسبب الذي اقتضى الضمان ، لا الفسخ ، بل وكذا ما ذكره فيها أخيراً من أن الأقوى هنا زوال الضمان ، لأن المستودع نائب عن المالك ، فكان يده كيده وقبضه لمصلحته في الحفظ ، فكان في يده بمنزلة ما إذا كان في يد المالك ، بخلاف الرهن ، ضرورة اتحاد الرهن والوديعة من حيث النيابة عن المالك في الحفظ ، فالمتجه حينئذٍ ما عرفت ، إلا أن يراد بذلك البراءة من الضمان ، وحينئذٍ يكون ذلك من القسم الثالث الذي أشار إليه المصنف بقوله :

﴿وكذا لو أبرأ من الضمان﴾ ولكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصالة الضمان ، ضرورة عدم ثبوت مالي الذمة يكون مورداً للإبراء فإن المراد من الضمان اشتغال نعمته لو تلفت بالمثل أو القيمة ، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المنصوب في يدك ، ونحوه مما هو إبراء عما لم يجب بعد .

ودعوى - كون المراد من الإبراء إسقاط الحق الذي هو تأهل الذمة للإشتغال على تقدير التلف - يدفعها منع سقوطه بذلك ، للأصل ، ولظاهر ما دل على سببية الضمان ، الشامل لصورة الإسقاط السالم عن معارضة ما يقتضى صحة هذا الإسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه ، المحتمل كونه كحق التحجير ونحوه والله العالم .

﴿وكيف كان﴾ ولو أكره على دفعها إلى غير المالك ، دفعها ولا ضمان ﴿وفاقا للمشهور نقلاً﴾ إن لم يكن تحصيلاً ، لضعف المباشرة وقوة السبب ، ولا أصالة البراءة ، وللضرر بترك التسليم ، فيباح له شرعاً ، ويكون مندرجاً في نبوي^(١) الرفع ، المقتضى رفع الحكم وضماً وتكليفاً إلا ما خرج ، خلافاً للمحكمي عن أبي الصلاح ، فأوجب الضمان لكونه متلفاً ، إذ الفرض أنه باشر الدفع بنفسه ، لأن

(١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس الحديث ١ - ٣ .

المكروه باشر الأخذ فيشملة عموم من أُلُف ، ونحوه ، وإن كان له الرجوع على المكروه باعتبار قوته ، فقرار الضمان عليه .

لكن قد يشك في تناول الأدلة لمثل الفرض الذي هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلاً ، فضلاً عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكروه ، وقد تقدم سابقاً الكلام في المسألة في الجملة والله العالم .

المسألة السادسة إذا أنكر الودیعة أو اعترف وأدعى التلف أو ادعى الرد ، ولا بيئنة ، فالقول قوله ﴿ بلا خلاف ولا إشكال في الأول ، لعموم ^(١) » البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر » وعلى المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً ، سواء أسنده إلى سبب أولاً ، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق ، أو خفياً كالسرقة ونحوها ، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل لم يحك الخلاف فيه إلا من الشيخ في المبسوط ، فلم يقبل قوله إلا بالبيئنة في التلف بأمر ظاهر ، لعموم البيئنة ، لكن رماه بعضهم بالشذوذ ، والعموم المزبور يجب تخصيصه بالأجماع الظاهر ، أو المحقق المحكي أو المحصل .

والمرسل ^(٢) في المقنع عن الصادق عليه السلام « عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولا يمين عليه » ولأنه أمين محسن ، قابض لمصلحة المالك فهو أدلى من المضارب الذي قديظهر من جملة من النصوص المفروغية من تصديقه في ذلك ، ولذا احتيل للاستيثاق بجعل المال بعضه قرضاً .

مضافاً إلى قول أبي جعفر عليه السلام ^(٣) « لم يخنك الأمين ، ولكن ائتمنت الخائن » بناء على أن المراد من هذا وشبهه الحكم شرعاً بعدم خيانة كل أمين لك ، وأنه متى ائتمنت كان غير خائن لك شرعاً ، ولكن إذا خونه فالكوم عليك حيث أنك ائتمنت

(١) المستدرک ج ٣ ص ١٩٩ الوسائل الباب ٢٥ من أبواب أحكام الدعوى

الحديث - ٣ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ٣ - من أبواب أحكام الودیعة - الحديث - ٧ - ٨

الخائن بزعمك .

وإلى قول الصادق عليه السلام في خبر مسعدة بن صدقة ^(١) « ليس لك أن تأمن من خائنك ، ولا تنهم من ائتمنت » وخبر مسعدة بن زياد ^(٢) عنه عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال : ليس لك أن تنهم من قد ائتمنته ، ولا تأمن الخائن وقد جرّبتَه فتأمل . بل عن أبي علي وأبي الصلاح أنه لا يمين عليه إلا مع التهمة للمرسل ^(٣) ولا يمين عليه إذا كان ثقة غير مرتاب ، بل عن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة أنه لا يمين عليه مطلقا ، بل في الفقيه قضى مشايخنا رضي الله عنهم على أن قول المودع مقبول ، فإنه مؤمن ولا يمين عليه ، ولكن الأقوى الأول ، لقاعدة انحصار ثبوت الدعوى بالبيئة واليمين .

وكذا يصدق لو ادّعى الرد إلى المالك أو وكيله على المشهور ، بل عن جماعة الإجماع عليه ، بل أرسلوه في غير المقام إرسال المسلمات ، وهو الحجة ، مضافاً إلى كونه أميناً وإلى غير ذلك مما سمعته في دعوى التلف ممّا يمكن إجراؤه هنا ، فما في القواعد وغيرها من النظر في ذلك في غير محله . نعم لا يقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث ، لأنه لم يأت منه .

﴿و﴾ على كل حال فـ﴿الممالك﴾ حينئذٍ ﴿إحلافه على الأشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ﴿أمّا لو دفعها إلى غير المالك وادّعى الأذن﴾ من المالك في ذلك ﴿فأنكر﴾ المالك فلا ريب ﴿ف﴾ أن ﴿القول قول المالك مع يمينه﴾ لعموم قوله ^(٤) البيئة على المدعي واليمين على من انكر ، الذي هو المالك هنا ، لأنه هو الموافق للأصل .

ثم المدفوع إليه إن كذّبه فالقول قوله أيضا ، لأن الأصل عدم الدفع ، وإن صدقه ردّت العين إن كانت باقية ، وإن كانت تالفة ، كان المالك بالخيار بين الرجوع

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ٢- من أبواب أحكام الوديعة الحديث ٩- ١٠- ٧ .

(٤) المستدرك ج ٣ ص ١٩٩ .

على من شاء منهما .

﴿ولو صدقه﴾ أى المالك ﴿على الإذن﴾ وأنكر التسليم فكدعوى الردّ الذي عرفت الحال فيه ، ضرورة كونه حينئذٍ وكيلًا ، ودعوى الردّ عليه كدعوى الردّ على الموكل .

وأما لو صدقه على التسليم أيضاً لمن أذن له ﴿لم يضمن﴾ الوديع بـإنكار المأذون ﴿وإن ترك الإيـشهاد على الأثـبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ، حتى لو قلنا به بالنسبة إلى وفاء الدين ، لأنّ مبنى الوديعة على الإخفاء ، وفي المسالك عن بعضهم الضمان فى الدين والوديعة ، كما عن آخر نفيه فيهما ، ولعله لا يخلو من قوة لعدم تحقق التفريط والله العالم .

المسألة (السابعة) : إذا أقام المالك البيـنة على الوديعة بعد الإنكار لا أصل الإيداع ﴿فصدقها﴾ ثم ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه ﴿المنافية لا ينكاره الأوّل الذي هو بمنزلة الإقرار بالنسبة إلى ذلك فى حقه﴾ ، فيتناقض حينئذٍ كلاماه ولا يتوجه له يمين ولا إقامة بينة بعد أن كذبها بـإنكاره الأوّل ، و﴿لا﴾ به قد حصل منه بـإنكاره سبب (شتغال ذمته بالضمان) فلا تسمع دعواه ، لكونه كالإقرار منه بالضمان ثم الرجوع عنه .

ولكن فى المتن ﴿ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بيـنته كان حسناً﴾ لعموم قوله ^(١) «البيـنة على المدعى» ولجواز استناده إلى النسيان ، بل عن الفاضل فى التذكرة اختياره ، كما عنه فى المختلف أنه لا تسمع يمينه ، ولا تقبل بيـنته ، لكن له إـحلاف الغريم ، وهو نوع من سماع دعواه ، فيكون فى المسألة أقوال ثلاثة ، ألا أنه لا يخفى عليك ما فى الأخيرين المنافيين لأصالة عدم النسيان .

وفى المسالك «إنّ فيها قولاً رابعاً ، وهو أنه إن أظهر لا ينكاره تأويلاً ، كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمنى ردّها أوضاها وبحو ذلك ، قبلت دعواه ، وسمعت

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ٥ .

بينته ، وإن لم يظهر له تأويلا لم يقبل ، و عن الشهيد الأول اختياره .
ولكن فيه أنه خروج عن مفروض المسألة بناء على إرادة إبراز دعواه بالعبارة
المزبورة ، وإمكان المراد اظهار التأويل بعد أن ذكر العبارة التي ظاهرها إنكار أصل
الإيداع لم يسمع ذلك منه ، عملاً بظاهر كلامه .

ومن هنا قال في المسالك بعد أن ذكر الأقوال أجمع وهذا كله إذا كان الجحود
بانكار أصل الإيداع ، أما لو كانت صورته لا يلزمنى شيء أولا يلزمنى تسليم شيء
إليك ، أو مالك عندي وديعة ، أو ليس لك عندي شيء ، فقامت البيينة بها ، فادعى التلف
أو الرد سمعت دعواه وبينته ، لعدم التناقض بين كلاميه ، ودعواه ما في القواعد قال :
« وإن أقيمت عليه البيينة فادعى الرد أو التلف من قبل ، فإن كان صيغة جحوده انكار
أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بيينة ، ولامعها على الأقوى ، لتناقض كلاميه ، وإمكان
صيغة الجحود لا يلزمنى شيء ، قبل قوله في الرد والتلف مع البيينة ، وبدونها في
الآخر ، وفي الأول على رأى ، ولو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا
ضمان ، وفي سماع بيئته بذلك إشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالاقرار والظاهر أن قوله
« وفي سماع » تكرار لما ذكره أولا .

وقال في الإرشاد في باب الوكالة : ولو ادعى على الوكيل قبض الثمن ، فوجد
فأقام بيينة على القبض فادعى تلفا أو رداً قبل الجحود لم يقبل قوله ، لخياطته ، ولا
بينته لعدم سماع دعواه ، ولو ادعى بعد الجحود رداً سمعت دعواه ، ولا يصدق لخياطته
وتسمع بينته ، ولو ادعى التلف صدق للبراءة من العين ، ولكنه خائن فيلزمه الضمان ،
وهو جيد جداً إلا في الأخير المبني على تصديق الغاصب في تلف العين ، وقد ذكرنا
البحث فيه سابقاً .

وعلى كل حال فمن التأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما في المسالك فاته قال :
« و حيث قلنا بقبول بيئته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برىء من الضمان . وإن
شهدت بتلفها بعده ضمن لخياطته بالجحود ، ومنع المالك عنها » إذ ظاهره أن دعواه
التلف بعد الجحود من المسألة السابقة بالنسبة إلى قبول بينته وعدمها ، ولا يخفى

عليك خروجها عن ذلك ، إذ لا اشكال في قبولها بالرد ، والتلف كما سمعته من الارشاد بل هو واضح والله العالم .

المسألة الثامنة * إذا أودع ولم يعين له حرزاً مخصوصاً وجبت المبادرة إلى حرزها المعتاد المتعارف و * إذا عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة إليه بما جرت العادة * في المسارعة للوصول إليه ، مع فرض عدم القرينة الدالة على خلاف ذلك ، لعدم الاذن في وضعها في غيره زائداً على ذلك ، وحينئذٍ * فان آخر * عن ذلك * مع التمكن * عقلاً و شرعاً بل وعادة على معنى مراعاة المبادرة اليه عادة نحو ما سمعته في فورية أدائها عند طلب المالك لها * ضمن * بلا خلاف ولا إشكال بالتعدي بالوضع في غير ما عينته له المالك ، بل الأقوى بقاؤه على الضمان وإن وضعه بعد ذلك بالحرز مع احتمال عدمه حينئذٍ ، بل عن بعضهم القول به ، إلا أن استصحاب الضمان بالسبب الأول شاهد للأول ، كما أنه قد يقوى الضمان في كل فرد شك في تحقق المبادرة به ، لعدم معلومية الأذن معه ، مع احتمال عدمه للأصل ، ولو سلمها إلى زوجته * على وجه الاستقلال بها أو الشركة أو ولده أو خادمه أو غيرهم * لتحريزها * ولو في ذلك المكان إلا أن تكون كالألة المشاهدة منه ونحوها * ضمن * لعدم الاذن له في ذلك ، اللهم إلا أن يكون هناك قرائن حالية أو مقالية تدل على ذلك ، و التوكيل عنه في ذلك مع عدم الاذن من المالك في وضع يد الغير عليها لا وجه له .

المسألة التاسعة : إذا اعترف بالوديعة ثم مات و * لكن قد * جهلت عيناها * بالخصوص لتعدد أفرادها * قيل : تخرج * الوديعة قيمة أو مثلاً * من أصل التركة * على نحو غيرها من الديون لتحقيق ضمانها بعدم تعيينها المصير لها بمنزلة الثالفة و * حينئذٍ فـ * لو كان له غرماء و ضاقت التركة حاصتهم المستودع * .

ولكن لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه سابقاً عند قوله : * و * إذا ظهر للمودع أمارة الموت ما * فيه * من * تردد * وبحث ونظر إذا كان المراد من المتن وما شابهه الحكم بالضمان بمجرد الاعتراف بها ، من احتمال الرد

إلى المالك والتلف بلا تعدٍ ولا تفريط وغير ذلك ، لأصالة البقاء وعدم التلف وغير ذلك من المحتملات ، فيتحقق بقاؤها بل ضمانها بعدم الإشهاد على شخصها ، كما حكي عن الأكثر أو المشهور بين الأصحاب ، وإن كنا لم نتحققه .

بل لعل الظاهر خلافه عند من تأمل كلامهم ، خصوصاً الفاضل في القواعد وغيره ، فإنك قد عرفت عدم صلاحية ما ذكره ، لإثبات الضمان الذي مقتضى أصل البراءة بلا واسطة عدمه ، وعلى اليد مخصوص بالأمانة المستصحب بحكم عدم الضمان فيها ، بل هو مقتضى إطلاق الدليل ، وخبر السكوني مع أنه في مال المضاربة قد عرفت الحال فيه سابقاً ، وأنه ظاهر في المعلوم بقاؤه في التركة ، ولم يثبت تقصيره بعدم الإشهاد خصوصاً مع ملاحظة حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلاً وتركاً ، ومع التسليم فالمتجه الشركة أو الفرعة أو الصلح القهري في وجهه ، أو نحو ذلك مما يتقدم به على الغريم الذي حقه متعلق بتركة وديعه ، لا مال الغير المشتبه بمال الوديع ، وبالتأمل فيما ذكرنا هنا وهناك بل وفي باب المضاربة يظهر لك التشويش في كلام جملة من الأعلام ، وعدم تنقيح موضوع ما حكموا به من الضمان على إشكال ، وعدمه كذلك في أصله أو في كیفیته فلا حظ وتدبر .

المسألة العاشرة : إذا كان في يده وديعة فادعاهما اثنان ، فإن صدق أحدهما قبل وأحلف للآخر على البت ، كما أنه يحلف المقر له أيضاً ، فيستقر حينئذٍ ملكه على المين ، وإن نكل الودعي عن اليمين أحلف المدعي إن لم يقض بالنكول وأغرم له المثل أو القيمة وقت الإقرار أو وقت الحلف على الأقوى ، بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار أو أصل برأسه ، بل في المسالك الحكم بذلك وإن قلنا بكونها كالبينة ، إذ هي في حق المتداعين الذي اقتضى تغريم المثل أو القيمة بسبب حيلولته بالإقرار الأول ، لا في حق الثالث .

وفيه بحث يظهر من تفريعهم مسألة رد الوكيل على البيع اليمين على مدعي الفسخ مثلاً بالنسبة إلى الرجوع بالثمن على الموكل أو الوكيل على كونه كالإقرار أو البينة ، والموكل ثالث عنهما ، ولو أقر بها لهما على سبيل الاشتراك فقد كذب

كل واحد منهما في دعوى الجميع وصدقه في البعض فيقسم بينهما ، ويكون حكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة إلى الودعي وبالنسبة إليهما ، ويبقى النزاع بينهما في النصف ، فإن حلفا أو نكلا قسم بينهما ، وإن حلف أحدهما خاصة قضى له به ، ولا خصومة للناكل مع الودعي ﴿وان أكذبهما﴾ معاً ﴿فكذلك﴾ في انتفاء دعواهما ، لأن اليد له ، ولكل منهما إحقاقه على البت أيضاً ، فإن نكل عن اليمين ردت عليهما ، وصاروا في الدعوى سواء ، لأن يدهما خارجة ، فإن حلفا أو نكلا قسمت بينهما ، وإن حلف أحدهما خاصة اختص بها ، وإن قال : هي لأحدهما ولا أدري من هو على التعيين ، فإن صدقاه في نفي العلم فلا خصومة لهما معه ، وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق .

لكن هنا يحتمل جعلهما بمنزلة ذي اليد ، لا الخارج ، بخلاف الأول ، والفرق عدم اليد لأحدهما في الأول حتى بالنسبة إلى اعتراف الودعي ، فهما خارجان عنها على التقديرين ، بخلاف هنا ، فإن ذا اليد يعترف بأن اليد لأحدهما ، وليس أحدهما أولى من الآخر على تقدير الاشتباه ، ويحتمل مساواته للأول ، لعدم ثبوت اليد لأحدهما ، بل لعله الأقوى ، وتظهر فائدة اليد وعدمها عند تعارض البيئات على ما سيأتي ان شاء الله .

وإن كذبا في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك فالقول قوله مع يمينه ، لكن الحلف هنا على عدم العلم ، ويكفي يمين واحدة في وجهه ، لأن المدعى شيء واحد ، وهو علمه بكون المال لمعين ، بخلاف السابق فإنه ينفي استحقاق كل واحد فيحلف له ، وقيل : يحلف لكل منهما يميناً فإن كلاً منهما مدع ، فيدخل في عموم الحديث السابق ، ولعله الأقوى ، خلافاً للمسالك في الأول .

وعلى كل حال فإذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما ، واختلف هنا : فقيل : يقرع بينهما فمن خرج اسمه وحلف سلمت إليه ، وقيل : يوقف حتى يصطاحا ، والقولان محكيان عن الشيخ ، إلا أنه قد يتوقف في اليمين على من خرج اسمه ، بل لعل الأقوى أنهما يحلفان ، ويقسم بينهما ، لتكافؤ الدعويين ومساويتهما في الحجة

وهو يقتضى القسمة كذلك ، ولا يكون الامر مشكلا ، والايقاف حتى يصطلحا ضرر
والاصطلاح غير لازم .

ولو نكل عن اليمين وحلفا على علمه أغرم القيمة مع العين ، لان يمينيهما
اقتضتا أن يكون عالماً بالعين لكل واحد بخصوصه ، وبانكاره حصلت الحيلولة بين
المستحق وحقه ، فوجب أن يغرم القيمة ، ولما كان سواء في اليمين لم يكن لاحدهما
رجحان على الآخر ، فيجعل العين والقيمة معاً في أيديهما ، وهل يقسم بينهما
بحلفيهما كذلك أو توقف حتى يصطلحا ، القولان .

وفي المسالك « يمكن أن يقال هنا : بأن القسمة بينهما يتوقف على حلفهما
تائياً بالاستحقاق ، لان اليمين الاولى لم تتناولها ، وإنما أثرت غرمه القيمة لهما ،
ولو كان حلفهما ابتداءً على الاستحقاق قسمت العين بينهما فقط » .

❦ وإن قال : لا أدري ❦ أهى لكما ، أم لأحدكما ، أم لغير كما ، وادعيا عليه
العلم ، فالقول قوله في نفيه كما مر ، فإذا حلف ❦ أقرت في يده حتى يثبت لها
مالك ❦ وليس لاحدهما تحليف الآخر ، لانهما لم يثبت لهما ، ولا لواحد منهما
عليها يد ، ولا استحقاق ، بخلاف الصورة السابقة .

❦ وإن ادعيا أو أحدهما علمه بسعة الدعوى كان عليه اليمين ❦ ولو نكل عن
اليمين ففي تسليمها إليهما - مع حلفهما على الاستحقاق وغرامته لهما القيمة لو حلفا
على علمه - احتمال ، لا يحصر الحق فيهما ظاهراً ، ولا منازع لهما الآن ، ويحتمل
العدم ، لعدم حصر ذي الحق فيهما .

ثم إن ما في المتن من الإقرار في يده قيل : إنه شامل للقسمين المشتملين
على عدم علمه بخصوص المالك ، وهو جيد في الأخير ، لان يده يد أمانة ، ولم يتعين
لها مالك يجب الدفع إليه ، والحق ليس منحصراً فيهما ، حتى يتوهم سقوط أمانته
بمطالبتهما ، وأما إقرار يده في القسم الاول فمن الشيخ أنه كذلك أيضاً ، لعدم تعين
المالك ، لكن قد يشكل بالحصر الحق فيهما ، ومطالبتهما معاً إتياء ، ولذا حكى
عن الشيخ أيضاً القول بانتزاعها منه ، ولكن ضعفه في المسالك بأن المطالبة المقتضية

للغزل هي التي يجامعها التسليم ، وهنا ليس كذلك ، فلا يترتب عليه دفع الامانة ، وفيه منع واضح . نعم يتجه ما عن المختلف من رد الامر إلى الحاكم واستحسنه في المسالك . والله العالم .

المسألة ﴿ الحادية عشر : إذا فرط ﴾ أو تعدى وتلف المال ﴿ واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ لخروجه عن الامانة المقتضية لسماع قوله وللمرسل ^(١) ﴿ وقيل : القول قول الغارم مع يمينه ، وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لاصالة البراءة والخروج عن الامانة لا يخرجه عن حكم المنكر ، ولذا كان الحكم كذلك في الغاصب أيضاً ، ولم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعدة المدعي والمنكر كما هو واضح . والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية عشر : اذا مات المودع ، سلمت الوديعة إلى الوارث ، فإن كانوا جماعة سلمت إلى الكل ، أو إلى من يقوم مقامهم ﴾ بوكالة أو ولاية ﴿ ولو سلمها إلى البعض ، من غير إذن ضمن حصص الباقي ﴾ بلا خلاف ولا إشكال والله العالم .

والحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

(١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الوديعة الحديث - ٧ .

كتاب العارية

بتشديد الياء وقد تخفف نسبته إلى العار ؛ أي العيب ، أو العادة مصدر ثان
لأعرته ، وعن بعض مأخوذة من عار يعير إذا جاء وذهب ، ومنه قيل للمبطل عيثار ،
لتردده في بطالته ، سميت عارية لتحويلها من يد إلى يد ، ومن آخراتها مأخوذة من
التعاور والاعتوار ، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ هي عقد ﴾ يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب
والقبول ، لا إيقاع يكفي فيه الإذن في الانتفاع من المالك ، إذ هو حينئذ من
الإباحة التي منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكمل ونحوه ، بما جرت السيرة به ،
وانتفاع الضيف في الدار والفرش والأواني ونحوها ، لا العارية المزبورة ، أللهم إلا
أن يقصد ذلك لضيف مخصوص ، ويقبله فعلاً أو قولاً بهذا العنوان .

نعم هي على حسب ماسمته في العقود اللازمة تقع بالإيجاب والقبول اللفظيين
وهما العقد بالمعنى الأخص ، وربما قيل : منه أيضاً ما إذا كان القبول فعلياً ، وأما
إذا كانا فعليين أو كان الإيجاب فعلياً فهو من المعاطاة ، بناء على شروعيتهما فيها
بدعوى السيرة المستمرة بعنوان العارية ، وإن كان الأقوى أنها إباحة لا دعوى ،
كما سمعته مراراً .

وأما احتمال أنها من العقد فلا ينبغي أن يصغى إليه ، فمن الغريب دعوى
بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العارية ، لأنه انتفاع بملك الغير بأذنه وإن
لم يكن لفظ ، بل بشاهد الحال ، ضرورة عدم الاكتفاء بذلك في تحقق العارية من دون
إنشاء قصدها من الطرفين ، وجواز الانتفاع بالإذن أعم منها كما هو واضح . وخصوصاً
مالمال كان بطريق الفحوى القطعية أو بشاهد الحال .

ومن ذلك يظهر لك ما في التذكرة والروضة والرياض وغيرها خصوصاً الأخير منها ، والاذن في الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعاً بالاكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعاً ، وإنما هو من الإباحة الشرعية على حسب الحال في غيره من البيوت التي قد تضمنتها الآية ^(١) نعم قد يستفاد من ذلك التسامح في عقد العارية التي ثمرته إباحة المنفعة التي اكتفى فيها بشاهد الحال ونحوه كما أوما إليه العاضل في التذكرة فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فقد ذكر المصنف في تعريفها أنها عقد **﴿ثمرته التبرع بالمنفعة﴾** وبقرّب منه ما وقع لغيره ، ولكن قد ذكرنا غير مرة أن أكثر التعاريف للأصحاب في أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغوية التي يراد منها التمييز في الجملة لا تمام الإطراد والانعكاس .

فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى والجبس والوصية بالمنفعة وأغرب منه التزام الجواب عن ذلك بأنها في معنى العارية ، وإن كانت لازمة وغايته إنقسام العارية إلى جائزة ولازمة كالإعارة للرهن ، ضرورة كون هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ ، فادخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود ، هذا .

لكن في المسالك بعد أن ذكر ذلك قال : **«ولو أضيف إلى ذلك قيد الجواز فقليل : ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه خرجت هذه العقود ، وبقيت السكنى المطلقة ، فانه يجوز الرجوع فيها متى شاء السكنى كما سيأتى إنشاء الله ، وقد يلتزم فيها بأنها عارية لتحقيق المعنى فيها مطلقاً ، ولا يقدح الصيغة ، لأن العارية لا تختص بلفظ ، بل كل ما دلّ على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً و السكنى المطلقة تقتضى ذلك ، ولكن تبقى العارية اللازمة خارجة ، فيحتاج إدخالها إلى قيد آخر أو التزام جوار الرجوع فيها بالنسبة إلى المستعير وإن لم يؤثر بالنسبة إلى المرتهن ، وتظهر الفائدة في وجوب السعى على الراهن وحصيلها بما أمكن ، و وجوب المبادرة**

إلى ردّها عند الفك على الفور بالمطالبة السابقة ، ولو قلنا أنه لأنزلها ، وأنها لازمة من طرفه مطلقا ، انتفت هذه اللوازم ، والأول ليس ببعيد من الصواب ، وهو كما ترى من غرائب الكلام ، خصوصا بعد اعترافه بالمباينة بين هذه العقود مفهومًا ، والجواز واللزوم إنما هما أمران خارجان ، ومن المعلوم أن مفهوم الرقبي والسكنى والعمرى واحد ، وأن الاختلاف إنما هو في التقييد والاطلاق ، فلا فرق في المباينة بين السكنى وغيرها ، خصوصا على القول باقتضاء الملك للمنفعة كما عن الشيخ التصريح به ، على أن التحقيق في الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذي هو المشخص في اندراج الفرد في مفهومه ، نحو تشخيصه الفعل المشترك ، إذ ليس فرق في العقد بين الصلح عن العين الجامعة لشرايط البيع مثلاً ، وبين بيعها بالنسبة إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم في كل منهما إلا بقصد الصلحية أو البيعية المدلول عليها بذكر الصيغة أو غيره من القرائن ، وكذا بالنسبة إلى الفرق بين الصلح على المنفعة التي تتعلق بها الاجارة ، وبين عقد الاجارة ، وكذا ما نحن فيه ، فإن قصد السكنى والعارية كاف في تشخيص كل منهما بعد تباينهما ذاتا ، كتباين الصلح والبيع فال التزام كون السكنى عارية لمشاركتها لها في الجواز لا ينبغي صدوره من مثله ، كما لا ينبغي صدور الجواب عما أورده على نفسه من العارية اللازمة الذي لا يتم في نحو عارية الدّين ، وإنما التحقيق فيه أن بناءها على الجواز الذي لا ينافيه عروض اللزوم من جهة أخرى ، كتعلق حق الغير ونحوه ، كما لا ينافي لزوم البيع عروض الجواز له بسبب من اسباب الخيار .

وبذلك وغيره مما ذكرناه هنا وفي غير المقام تعرف ما في جملة من كلام الاعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأمر ترك سماري مثالا لتعيرى فرسك ، لعدم التبرع فيه ، إذ هو كما ترى ، ضرورة أنه إذا فرض إرادة العوضيّة فيه على وجه ينافي التبرع لم يكن عارية صحيحة ، وإلا فلا ينافي التبرع ﴿و﴾ ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله في آخر كتاب العارية كما أن منه أيضاً ظهرك أن عقدها ﴿يقع﴾ بكل لفظ يشتمل على الأذن في الإيتفاع ﴿بمعنوان العارية من طرف الموجب ، ويدلّ﴾

على قبول ذلك من طرف القابل ، وأما معاطاتها فبغير ذلك ، الا في صورة فعلية القبول ولفظية الإيجاب ، فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضا ، وتقدم في الوديعة ما يزيدك تحقيقاً في المقام .

﴿ وكيف كان فهذا العقد ﴾ ليس بالآزم لاحد المتعاقدين ﴿ بخلاف معتد به أجده ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه ، من غير فرق بين الموقت وغيره ، خلافاً للمحكى عن ابن الجنييد من الحكم بالآزم من طرف المعير في إعادة الأرض القراح مدة للغرس أو البناء ، ولا ريب في ضعفه .

نعم قد استثنى من ذلك مواضع ، منها : العارية للرهن التي قد تقدم بعض الكلام فيها آنفاً وفي كتاب الرهن ، ومنها : عارية الأرض لدفن الميت المسلم ومن في حكمه التي سيذكرها المصنف ، ومنها : ما يترتب على الرجوع بهاضر لا يستدرك كعارية اللوح للسفينة في لجنة البحر المستلزم رجوعه للفرق للأففس و الاموال ، ومنها : عارية الحائط اوضع طرف الخشبة عليه الملبث طرفها الآخر في ملك المستعير مثلاً ، ومنها عارية الأرض للزرع ، ومنها : عاريتها للبناء و الغرس مدة معلومة .

إلا أن الجميع كما ترى ، ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الإرتهان الواقع باذن المالك ، وحرمة النباش والاضرار بالغير برجوع العين لزوم العقد ، ضرورة إمكان بقاء العقد على الجواز ، وتحقق الإفساخ وان منع مانع خارجي من رد العين إلى مالكيها ، كما لو فرض في بعض امثلة الاجارة التي فسخت بتقاييل أو خيار أو نحو ذلك فانه لا إشكال في تحقق الفسخ حينئذ ، وان منع من رد العين مانع آخر وربما ترتب له الاجارة في بعض الافراد ، وبالجمله إن دعوى لزوم عقد العارية في الامثلة المزبورة - على وجه تكون به كغيره من العقود اللازمة لهذه التعليقات المذكورة في كلامهم من عدم فسخ عقد الرهن وحرمة النباش والاضرار ونحو ذلك مما لا مدخلية له ، بعد التسليم في البعض ، الا في عدم رد العين - واضحة الفساد ، ولعله لذا أطلق المصنف وغيره جواز هذا العقد من غير استثناء لهذه الافراد حتى من معقد الاجماع مع ذكر المصنف حكم هذه الافراد فيما يأتي ، لكن لا بعنوان دعوى لزوم عقد العارية فيها فلا حظ

وتأمل إذ يمكن إرادة مدعي اللزوم فيها أوفي بعضها عدم السلطنة على استرداد العين وتفرغها مما فيه ، لوجود المانع منه ، لا إرادة لزوم نفس العقد ، وبهذا الاعتبار استثناه ، بل لعل ذلك مقطوع به ، إذا احتمال أن لهم دليلاً على اللزوم لم يصل إلينا في غاية البعد ، خصوصاً بعد تصريحهم بالاستدلال على اللزوم بما عرفت ممّا لا يقتضي لزوم العقد والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان في الكلام في فصول أربعة ﴿﴾ .

﴿الاول : في المعين ولا بد أن يكون مكلفاً جائز التصرف فلا يصح إعارة الصبي ولا المجنون﴾ لما لهما السلب عبارتهما وفعلهما في المعاملات ، وكذا لا يصح إعارة المحجور عليه لفلس أوسفه ، بناء على عدم جواز مثل هذا التصرف لهما ، وكان الاولى الاستغناء بجواز التصرف عن التكليف الذي اقتصر المصنف في التفريع عليه ، والامر سهل .
إنما الكلام في قول المصنف ﴿ولو أذن الولي جاز للصبي مع سראة المصلحة﴾ كالمحكى عن الارشاد ، وإنما تصح من جائز التصرف ، ولو أذن الولي للم طفل صح أن يعير مع المصلحة ، وفي التحرير واللمعة وغيرهما يجوز للصبي أن يعير إذا أذن له الولي « وعن التحرير تقييده بالمميز فإن الأذن لا يجعل المسلوب غير مسلوب كما هو مفروغ منه في غير المقام ، وكون العارية من العقود الجائزة لا يقتضي ذلك ، وإلا لجازت مضاربه ووكالته بأذن الولي .

ودعوى كون الأذن من المالك بمنزلة الإيجاب منه لأن المدار في العارية على رضا المالك وهو الولي هنا - يدفعها عدم الفرق حينئذ بين المميز وغيره ، بل وبينه وبين المجنون ، بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجائزة ، بل وبينه وبين المعاوضة في البيع وغيره ، ضرورة رجوع ذلك إلى كون الصبي حينئذ آلة والإيجاب والإشياء بفعل الولي الذي هو الأذن ، وإرسال الصبي ونحو ذلك .

نعم ينبغي اعتبار قصد الولي إنشاء الإيجاب بذلك ، وهو خلاف ظاهر العبارات السابقة المبني على إختصاص العارية بهذا الحكم ، ولو جعل إذن الولي وأمره فعل

الصبي فعلاً للولي ، كما جعل أمره له بأفعال الحج موجبا للصحة في الجملة ، إلا أن ذلك متوقف على دليل اختصاص العارية بذلك ، ولعله للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات من الأصحاب ، وإرسالهم إرسال المسلمين ولكن ينبغي حينئذ اختصاص ذلك بإذن الولي في عارية ماله مثلاً أما توليتها عن غيره فلا يجوز ، ولعله لذا أطلق المصنف متصلاً بما سمعته من الكلام السابق ﴿ وكما لا يليها ﴾ أى العارية ﴿ عن نفسه كذا لا يصح ﴾ ولايته عن غيره ﴿ لما عرفت من سلب قوله وفعله في ذلك ، حتى مع إذن الغير الذي هو المالك ، بل ومع الإذن من الولي أيضاً ، بناء على اختصاص السيرة بعارية ماله بإذن الولي دون مال غيره ، ألتمهم إلا أن ينزل ذلك من المصنف بقرينة ما تقدم له على حال عدم الإذن من الولي ، أما معها فلا فرق ، وحينئذٍ يتجه تعميم الحكم ، لكن الأضاف عدم خلو المسألة من إشكال حتى في الأول .

الفصل (الثاني في المستعير)

ولا بد أن يكون مكلفاً فلا يصح إستعارة الصبي والمجنون ، لما عرفت من سلب عبارتهما وفعلهما ، فلو استمارا ففي ضمائهما ما تقدم في الوديعة ، بل لا بد أن يكون معيناً أيضاً ، فلو قال : أعرت أحد هذين لم يصح ، للأصل بعد قصور تناول الأدلة لمثل ذلك .

نعم لو أريدا من ذلك وقبلامعاً ، أمكن الصحة ، كما لو قال : أعرت كتابي هذا لهؤلاء المشرة وقبلوا جميعاً ، فإنه يصح بالنسبة إلى كل منهم ، بمعنى أن له الانتفاع مستقلاً ، إذ لا مانع من إجراء حكم المستعير على كل منهم ، فإن العارية قسم من الإباحة الصالحة لذلك ، فيحمل عليه ، إلا أن يصرح بإرادة الاجتماع ، وهكذا في غيره من العقود التي تقبل ذلك .

نعم في مثل البيع والإجارة ونحوهما مما لا يقبل ثمرته الإتيان لكل منهما ، لعدم معقولية ملك كل منهما لتمام المبيع وتمام المنفعة ، ينزل على الشركة ، بخلاف

ما نحن فيه .

وعلى كل حال فلا إشكال في صحة العارية في الفرض ، لعموم الأدلة ، بل في التذكيرة تصح العارية غير المحصور من العدد ، نحو كل الناس ، وأي أحد من الاشخاص ، ومن دخل الدار ، لان الكلي معين ، وإن لم يكن عاماً كأي رجل وأي داخل ، بخلاف أحد الشخصين أو الاشخاص ، فإنه مجهول .

وإن كان قد يناقش بمنع تحقق العقدية أو ما في حكمها من المعاطاة بمثل ذلك ، ضرورة عدم قصد الربط بين الإيجاب والقبول من الجانبين ، وليست العارية حينئذٍ إلا إباحة ، على أنه قد صرح في موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لصيف مخصوص ، وبين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف ، فجعل الأول عارية ، والثاني إباحة ، لعدم قصد انتفاع شخص بعينه ، وعدم اعتبار المقارنة بين الإيجاب والقبول في العارية لا يقتضى جوار ذلك في الوكالة والوديعة وغيرهما على جهة تحقق عقدها بذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ له ﴾ أي المستعير ﴿ الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار ﴾ فإنها المرجع في نوعه وقدره وصفته ، فلو أعاره بساطاً اقتضت فرشته ، أو لحافاً التغطية به ، أو حيواناً للحمل ، اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبة إلى ذلك الحيوان وذلك المحمول ، وذلك الزمان ، وذلك المكان ، ولو تعددت منفعة العين ولم يكن ثم إنصراف إلى بعضها فإن عين نوعاً منها معين ، وإن عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه ، بل لعلّه كذلك مع الإطلاق أيضاً على الأقوى ، وفاقاً للمسالك ما لم تكن قرينة على خروج البعض .

﴿ ولو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعدد لم يضمن ﴾ وإن كان هو مباشر التلف أو كان سبباً فيه ﴿ إلا أن يشترط ذلك في العارية ﴾ بناء على اعتبار مثل هذا الشرط ، للنص والاجماع على ما يشبهه كما تعرفه إنشاء الله ، ولعل الوجه في ذلك واضح ، لانه استعمال مأذون فيه ، وبناء العارية على النقص بالاستعمال .

وقول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سنان ^(١) المسؤول فيه عن العارية « لا غرم على مستعير عارية إذا هلكت إذا كان مأموناً » ولعله لذا قطع به المصنف من دون نقل قول ، هذا .

ولكن في المسالك « ما قطع به المصنف هو أصح القولين ، وفيه وجه آخر ، وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم ، لأن الظاهر عدم تناول الإذن للاستعمال المتلف ، وإن كان داخلاً في الإطلاق . نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن ، وسيأتي الكلام فيه .

وبحو ذلك وقع له في الروضة عند شرح قول الشهيد في اللّعة « ولو نقصت بالاستعمال لم يضمن » قال : « وتقييده بالنقص قد يفهم منها أنها لو تلفت به ضمنها وهو أحد القولين في المسألة ، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً ، وإن دخل في الإطلاق ، فيضمنها آخر حالات التقويم ، وقيل لا يضمن أيضاً كالنقص ، لما ذكر من الوجه ، وهو الوجه » .

والظاهر أن الذي أوقعه في ذلك المحقق الثاني ، فإن الفاضل في القواعد قال « ويجب رد العين مع الطلب والمكينة ، فإن أهمل ضمن ، ولو تلف بالاستعمال كتب المصحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه ، ومن إنصاف الأذن غالباً إلى استعمال غير متلف ، فإن أوجبنا ، ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم ، وكذا لو اشترط الضمان ، فنقصت بالاستعمال . ثم تلفت ، أو استعملها ثم فرط ، فأنه يضمن القيمة يوم التلف ، فإن النقص غير مضمون على اشكال ، وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك في العارية » .

فقال في شرحه : « لا يخفى أن هذا مناف لما سبق في كلامه من الاشكال في كل من المسألتين ، ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير مأذون فيه ، وهذه على

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العارية الحديث ٣ .

مأذون فيه لم يتجه الاشكال ، بل يتعين الضمان قطعاً ولو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع ، فيكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافي ، إلا أنه بعيد عن الظاهر .

وقال في شرح العبارة السابقة « الذي يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضمناً » واختاره في التحرير وفيه قوة . نعم لو شك في تناول اللفظ إتياء فالضمان قوى ، ولا استبعد أن يكون من صور الثاني ما لو أذن له بلبس الثوب ولم يزد ، بخلاف ما لو أذن في كل لبس ، أو في لبسه دائماً ، لأن إذنه في لبسه في الجملة لا تقتضي الاذن في كل لبس .

قلت : لعل التامّل الجيد تقتضى أن هنا مقامين .

أحدهما : النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ، ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين ، كما لو استعار دابة للركوب أو الحمل ، ولم يزد على المعتاد ، وافترق تلفها بنفس ذلك الاستعمال ، لعثرة أو نحوها ، وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه ، للنص والفتوى .

الثاني : التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضي لاستيفاء عمره بالنسبة إلى ذلك العين ، وهذا هو المناسب للاشكال في الضمان به ، باعتبار اقتضاء إطلاق عقد العارية تناوله ، وعدمه إلا مع التصريح ، ولعل الضمان به حينئذٍ وجيه كما أوضحه المحقق الثاني ، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين ، ووجه الجزم من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الضمان في الأول منهما ، بخلاف الثاني الذي قد ذكر مثاله الفاضل بقوله كثوب المحق باللبس فتامّل جيّداً ، فإن التحقيق في المسألة ذلك ، وإن أبيت عن قبول تنزيل بعض العبارات عليه ، والله العالم .

❖ و ❖ كيف كان فيعتبر في المستعير إثبات سلطنته على العين المستعارة فـ

❖ لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدنا ، لأنه ليس له إمساكه ❖ بل يجب عليه إرساله ❖ و ❖ حينئذٍ ❖ لمو ❖ أتم و ❖ أمسكه ❖ ثم أرسله ❖ ضمنه ❖ وإن لم يشترط عليه ❖ ذلك في العارية ، ووجوب ذلك عليه لا ينافي ضمانه لمالكه ، وإن

أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالارسال ، فإن ذلك لا يقتضى ذهاب حرمة ماله ، كما لا يقتضى ابطال سببية الضمان الحاصلة من عموم قوله ^(١) « من أ تلف مال غيره فهو له ضامن » وعدم الضمان بالعارية الفاسدة لقاعدة عدمه في الصحيح منها مع تسليمها في صورة العلم إنما تتم في التلف بغير تفريط لا الاتلاف ، ودعوى - عدمه في المقام أيضاً باعتبار كون تكليفه ذلك - يمكن منعها أولاً : لا مكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه ، ترجيحاً لحق المخلوق على حق الخالق ، وثانياً : بعد تسليمها بمنع ما دل على عدم ضمان العارية في الفرض ، لا أقل من الشك ، فيبقى عموم من أ تلف ، وأصالة احترام المال بحاله .

وعلى كل حال فمن ذلك ظهر لك أنه لا وجه للاشكل في الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه « لقاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المزبور ، لا ما إذا تلفت في يده من غير تفريط فيه ، كى يتوجه عليه الاشكال المزبور ، وإن كان اطلاقهم يوهم ذلك ، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذي ذكرناه ، فانه الموافق لذكر مسألة المحرم بخصوصه .

❖ ولو كان الصيد في يدمحرم فاستعاره المحل ❖ أي أخذه بصورة العارية ❖ جاز ❖ أخذه للمحل للأصل و❖ لأن مالك المحرم زال عنه بالأحرام ❖ فأخذه حينئذ منه ❖ كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك ❖ فيملكه حينئذ بالاستيلاء أو مع نية الملك على الوجهين في تملك المباح ، وحرمة الدفع إلى المحل على المحرم لتعيق الإرسال عليه لا ينافي جواز الأخذ للمحل ، وليس هو من الإعانة على المحرم قطعاً ، وإن وجب الفداء على المحرم مع التلف في يد المحل ، وبذلك يرتفع دعوى التساهل في عبارة المصنف ، مع أن الأمر سهل بعد وضوح المقصود ، وهو إرادة الفرق بين صورة العارية من المحل للمحرم ، وبالعكس كما هو واضح والله العالم .

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار .

﴿ولو استعار﴾ مستعير ﴿من الغاصب وهو لا يعلم﴾ بنصبه ﴿كان﴾ قرار
 ﴿الضمان﴾ للمنفعة الفائتة ﴿على الغاصب﴾ لغروره ﴿و﴾ إن كان ﴿للمالك﴾
 أيضاً ﴿الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة﴾ أوفات في يده لعموم «من أ تلف^(١)»
 ود على اليد «^(٢) كما هو المشهور بين الاصحاب في المقام ، وفي الغصب عند ذكر حكم
 الأيدي المترتبة على يد الغاصب .

﴿و﴾ لكن ﴿يرجع﴾ المستعير ﴿على الغاصب لأنه أذن﴾ له في استيفائها
 بغير عوض ﴿وعلى ذلك أقدم ، فهو غار حينئذ له ، فيرجع حينئذ عليه لقاعدة «المغرور
 يرجع على من غره» ﴿والوجه﴾ عند المصنف والفاضل ﴿تعلق الضمان بالغاصب
 حسب﴾ فليس له حينئذ رجوع على المستعير ، لأنه أقوى في الأتلاف ، وإن حصل في
 يد غيره ، إلا أنه لما كان جاهلاً مغروراً ، والغاصب عالماً غاراً ، صار هو أولى في نسبة
 الأتلاف ، ﴿وكذا لو تلف العين في يد المستعير﴾ ولم تكن مضمونة عليه ، بل قيل
 إن الرجوع ظلم محض ، لأنه جاهل ، إلا أن ذلك كما ترى لا يقتضي عدم الرجوع
 على المستعير ، لقاعدة اليد ، والأتلاف ، وقول علي في المرسل^(٣) وخبر اسحاق بن
 عمار^(٤) عن ابي عبد الله عليه السلام ، وأبي إبراهيم عليه السلام «إذا استعيرت عارية بغير إذن
 صاحبها فهلك فالمستعير ضامن» وإتما يتوجه له الرجوع بقاعدة الغرور ، وهو
 لا ينافي أصل ضمانه ، ألهم إلا أن يقال : إن قاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن
 بفاسده» تقتضي ذلك ، ولعلها المدرك للمصنف وغيره في الحكم بعدم الضمان ، لا
 ما في المسالك من الاول .

ومن الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام حتى استدل بجزء
 الاثبات منها على ضمان الجاهل في العارية المضمونة مع إنكاره على المصنف الحكم

(١) قاعدة استفادته من مضامين الاخبار .

(٢) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

(٣) الوسائل الباب ١- من ابواب كتاب العارية الحديث ١١ .

(٤) الوسائل الباب ٢- من ابواب كتاب العارية الحديث ١ .

بعدم الضمان .

نعم يمكن الردّ على المصنف بإبطال دليل عليها فى المقام ، إذ من المعلوم أنّ المسلّم من هذه القاعدة ما وافق الأدلة منها ، ضرورة عدم دليل بالخصوص عليها وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتب عليه ما يترتب على الصحيح ، بل مقتضى فساد عدم ترتب أثر الصحيح عليه ، كما هو واضح . وليس فى الأدلة ما يوافق مضمونها بل قد عرفت أنّ قاعدة اليد وعموم من أ تلف والمرسل والخبر الضمان ، وإن افترضت قاعدة الغرور ، الرجوع على الفاسب ، ودعوى الإجماع عليها معلومة الفساد فى المقام ، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل ، وإن رجع بقاعدة الغرور كدعوى عموم ما دلّ على عدم الضمان بالعارية للمقام ، لأنها اسم للأعم من الصحيح والفساد ، ضرورة تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهرة بين الأصحاب التى هى المرجحة أيضاً لعموم من أ تلف وعلى اليد عليه ، بل قد يدعى السياق الصحيح من أكثر هذه الأحكام فلا تعارض حينئذٍ ، ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعدة المزبورة ، أو خارجاً عنها ، كحال العلم للمستعير الذى أشار إليه بقوله .

﴿ أمّا لو كان عالماً كان ضامناً ، ولم يرجع على الفاسب ﴾ بشىء لعدم غروره ﴿ و ﴾ لانه غاصب ، بل ﴿ لو أغرم ﴾ المالك ﴿ الفاسب ﴾ المعير حيث أنّ له الرجوع عليه ﴿ رجع ﴾ هو ﴿ على المستعير ﴾ الذى استقر الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره ، بل الظاهر أنّه يرجع عليه أيضاً بقيمة العين لو رجع عليه المالك وإن كان جاهلاً ، إذ كان قد أقدم على العارية مضمونة باشتراط الضمان أو كانت ذهباً أو فضة ، لعدم غروره حينئذٍ ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضى الضمان من تعد أو تفریط .

نعم لا يرجع عليه المالك بعوض المنافع التى استوفاعا المستعير بعنوان العارية لو رجع عليه المالك ، لأقدامه عليها مجاناً ، بل هو يرجع على المعير الفاسب لو رجع المالك عليه بها لقاعدة الغرور .

لكن قد يناقش بما عرفت من ظهور أدلة ضمان العارية المشترط فيها الضمان وإذا كانت ذهباً أو فضة في الصحيح منها ، أما الفاسدة فلا يترتب على الشرط فيها ولا على كونها ذهباً وفضة ضمان من هذه الجهة ، وإنما يترتب الضمان بقاعدة اليد ، والخبرين السابقين ، وحينئذ رجوع المعير عليه بقيمة العين باعتبار صيرورتها عوضاً شرعاً عما أدّاه عنها برجوع المالك عليه ، والقرض عدم الغرور منه .

لا يقال : - إن ذلك يقتضى رجوع المستعير على المعير أيضاً لو رجع عليه المالك في العارية المضمونة وإن لم يكن ثم غرور ، لكنه بأدائه قيمة العين المضمونة عليه للمالك ، وهو ماسمعه في رجوعه عليه - للفرق الواضح بينهما ، بحصول التلف في يده الذي هو سبب في شغل ذمته بالقيمة للمالك ، بخلاف الأول المخاطب في الحقيقة بردّ العين أو قيمتها تمّن هي في يده ، إذ لا وجه لخطأ بهما بقيمتين ، والبدلية المتشخصة بالخيار لا دليل عليها ، بل ظاهر الأدلة خلافها ، فليس حينئذ إلا ما ذكرنا من كون القيمة في ذمّة من حصل التلف في يده ، والآخر مخاطب بأرجاع ذلك منه وإلا فبالغرامة عنه ، فإذا أدّى صار ما في ذمته له عوضاً شرعياً ، إذ لا وجه لمالك الفاسد ، فقام الإذن الشرعي بالأداء عنه مقام الإذن منه بذلك ، بخلاف ما لو أدّى هو فاتماً يؤدّي عن نفسه ، وبذلك اتضح وجه الرجوع على من حصل التلف في يده من ذي الأيدي المتعاقبة دونه ، إلا إذا كان مفروراً ، فاتمه يستحق الرجوع بما يغرمه بقاعدة « المفروور يرجع على من غرّه » .

وبذلك اتضح لك هنا رجوع المعير على المستعير العالم لو رجع عليه ، دونه وكذا الجاهل بالقيمة إذا كانت العين مضمونة عليه إذ المسألة فرد من أفراد مسألة تعاقب الأيدي فتأمل جيداً ، فإني لا تجد تحقيق ذلك في غير هذا الكتاب ، بل هو التحقيق في أطراف المسألة .

ومنه يعلم التشويش في جملة من كلماتهم ، خصوصاً ما يحكى عن تذكرة الفاضل في تذييب ذكره من أنه « لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلاً ضمن ، واستقر الضمان عليه ، لأن التلف حصل في يده ، ولا يرجع على المعير ، ولو رجع المالك على المعير

كان للمعير الرجوع على المستعير ، إذ هو كما ترى مناف لقاعدة الفرور في الجاهل .
وكذا ما حكاه في المسالك عنها وعن القواعد في مسألة المستعير من المستعير ، من
إطلاق الاشكال في رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مطلقا ، وفي رجوع
المعير على المستعير الجاهل ، مع حكمه في المستعير من الغاصب بخلاف ذلك ، فانه
لا يخفى عليك ما في ذلك ، ولا ما في الذي ذكره في المسالك وغيرها هنا من الدليل ، بعد
الاحاطة بما ذكرناه الذي هو من فصل الخطاب المودع عند أئمة أولى الالباب ، والله
الهادي إلى الصواب .

الفصل (٣) الغالث ، في العين المستعارة (٣)

و ضابطها المستفاد من الفتوى ومعقد الاجماع و نفي الخلاف (١) والاقتصار
على المتيقن من إطلاق النص ، عدا ما خرج من المنحة بدليله (٢) هي كل ما يصح
الانتفاع به شرعاً (٣) مع بقاء عينه (٤) منفعة معتدأ بها عند العقلاء ، ولو غير معتادة
من تلك العين (٥) كالثوب والدابة (٦) والدّار والدّراهم للتزين بها ، وألوانهاها و
نحوها ، لا مثل الأطعمة والاشربة ونحوهما لارادة الانتفاع بها بالاكل والشرب
ونحوهما ، ممّا يكون منفعة بالانلاف عينه ، ولا مثل أواني الذهب والفضة ، للاكل
والشرب ، وكلب الصيد للهو والطرب ، والجواري للاستمتاع بهنّ ، بالاخلاف ولا
إشكال في شيء من ذلك .

نعم في الرياض (٧) إلا في المقصود بقولهم لا يجوز إعاره مالا يمكن الانتفاع به
إلا بانلافه فانه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بانلاف العين بقوله أعرضك مع
القرينة ، فإنّ المعيار في جوازه هو رضاه به ، وقد حصل في محل الفرض ، وإن هو
إلا كالهبة والاباحة ، وإن عبّر عنهما بلفظ العارية ، ولا مدخل للفظ الفاسد معناه
في اللغة والعرف .

نعم حيث لا يعلم الرضا بالانلاف إلا به ، إنجه ما ذكره ، لاشتراط استفادته

منه بدلالته عليه ، ولو بالالتزام ، ودلالة لفظ العارية بمجرده على الائتلاف فاسدة ، لعدم استنادها إلى عرف أو لغة ، لأن وضع العارية فيها بحكم الوضع والتبادر إقاماً هو لما لا يتم الانتفاع به إلا مع بقاء عينه ، ولعلّ هذا هو مراد الاصحاب .

قلت يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الائتلاف المزبور ، وإن كان بالأذن ، إلا أنّها بعنوان العارية ، زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً ، ودعوى - كونه هبة أو إباحة وإن كان الدفع بهذا العنوان - واضحة البطلان ، إلا أن ينصب قرينة على إرادتهما من اللفظ المزبور ، وقد ذكرنا سابقاً أن كثيراً من أفراد العقود يميّزها القصد ، فمتى وقع منه بهذا العنوان ، والفرض عدم كونه فرداً منه لم يجز عليه شيء من حكمه ، بل يجري عليه ما تقتضيه القواعد في مثله .

نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد . ولا تفريط من قاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » ومن خروجه عن أصل موضوع العارية حتّى الفاسد ، و لعلّ الأخير هو الأقوى في النظر .

﴿ وكيف كان فلا إشكال في أنّه ﴾ تصبح استعارة الأرض للزراعة والغرس والبناء و ﴿ لكن ﴾ يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ﴿ كما هو صريح المسالك والروضة وغيرهما ، وظاهر الدروس واللّغة ، لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يجوز التعدي إلى الأدنى فضلاً عن المساوي .

﴿ وقيل ﴾ كما عن المبسوط والفنية والسرائر ﴿ يجوز أن يستبيح ما دونه في الضرر ﴾ لا ما فوقه ﴿ كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع ﴾ فيها لا العكس ، بل عن الأول نفي الخلاف فيه بل في القواعد وعن التذكرة والتحرير التصريح بجواز المساوي أيضاً ، بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك إجماعي .

﴿ و ﴾ لكن لا ريب في أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، المقتضية عدم جواز التعدي عن غير المأذون ، وإن كان أدون أو مساوياً ، بعد فرض عدم حضوره في الذهن عند الأذن ، ودعوى الانتقال إليه من الأذن في المعين للمساواة أو الأولوية واضحة المنع ، فإن المساواة في الانتفاع بالنسبة إلى الأرض أو الدون لا تقتضي المساواة

في الاذن كما هو واضح .

نعم لو أريد من التعيين التقدير في الاذن في المنفعة ولو بالقرينة إجماع حينئذ التخطي ، والا فلا ، من غير فرق بين المساوي والادنى ، فما في الرياض - من الفرق بينهما بالاولوية في الثاني دون الاول - واضح المنع .

نعم قد يعلم من الفحوى الاذن في بعض المنافع ، لكن ذلك لا يدخلها في العارية إلا إذا كانت ولو بالقرينة من حيث الاعارة للمنفعة المعينة في العقد على إشكال ، بخلاف الفحوى من غير ذلك ، إذ هو حينئذ كثيره من الاعيان المتناولة بالفحوى ، وكان هذا هو السر في اشتباه بعض الاعلام في المقام . والله الحافظ من زلل الاقدام و الاقلام هذا كله مع الاطلاق ، وإلا فلا إشكال في عدم الجواز مع النهي .

و على كل حال فلو تعدى و فعل الاضر فعليه الاجرة للمالك تامة على الاقوى بمعنى أنه لا يسقط منها ما قابل قدر المأذون فيه من المنفعة ، للاصل السالم عن المعارض من غير فرق في ذلك بين المخالفة للنهي ، أو للاطلاق المفروض عدم تناوله .

لكن في القواعد « ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والادون ، لا الاضر » ، ولو نهاه حرم ، و عليه الاجرة لو فعله ، و الاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي ، لا الاطلاق ، وفيه أن التخطي في الحالين غير مأذون فيه ، أقصاه أنه في احدهما نص على المنع و في الاخرى جاء المنع من أصل الشرع ، فهو كمن استوفى منفعة ملك غيره بغير إذنه ، أو مع نهيه بالنسبة إلى استحقاق الاجرة .

أللهم إلا أن يقال : إنّه مع النهي يحصل تقييد المنفعة المأذون بغير المنهي عنها ، أما مع الاطلاق فله استيفاؤها في ضمن أي فرد ، ولو مالا يدخل في المطلق ، إلا أنه يضمن حينئذ الزايد عليها ، لكنه كما ترى .

نعم لو أذن له في تحميل دابة قدرًا معينًا فزاد عليه ضمن أجره الزايد قطعاً . و تسقط أجره قدر المأذون ، كما صرح به غير واحد ، بل قطع به بعضهم ، ومثله لو زرع المأذون وغيره ، وما لو دكبتها وأدوف غيره ، مع أن السقوط لا يخلو أيضاً

من نظر ، ضرورة ظهور تقييد الاذن في الاقل بعدم دخوله في ضمن الاكثر ، فيستحق حينئذ اجرة الجميع ، و الاولى جعل المدار على ما يفهم من العبارة ، ولعله مختلف والاصل اختصاص الغرامة بالزائد ، وهو مراد الجماعة و الله العالم .

﴿ وكذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة كفعول الضراب ﴾ و ان استلزم ائتلاف عين مائه ، إلا أنه من التوابع للنزد وادخال الفرج و نحوهما التي لا تقدر ، أو علم بالسيرة جوازها ، ﴿ والكلب و السنور ﴾ وغيرها من الحيوانات المملوكة وإن لم يكن لها منفعة يصح التكسب بها ، ضرورة وضوح الفرق بين سفه التكسب و الاباحة بلا عوض ﴿ والعبد للخدمة ، و المملوكة ولو كان المستعير أجنبياً منها ﴾ و كانت شابة جميلة ، بلا خلاف أجده فيه عندنا ، خلافاً لبعض العامة ، فمنع عارية الشابة الجميلة لمن لا يوثق به ، لبعض الوجوه الاستحسانية التي ليست من مدارك الاحكام الشرعية عندنا .

نعم قيل : يكره إعارتها للاجنبي ، وتؤكد إذا كانت حسناء خوف الفتنة ، بل عن التذكرة وغيرها تأكدها في الشابة لمن لا يوثق به ، كما صرح غير واحد كراهة استعارة الابوين للخدمة ، وبلاستحباب الرفاهية ، والامر سهل .

﴿ و ﴾ لاخلاف ظاهراً كما اعترف به بعضهم في أنه ﴿ يجوز استعارة الشاة المحلب و هي ﴾ المسماة بـ ﴿ المنحة ﴾ بل عن بعض متأخري المتأخرين الاجماع عليه وهو إن تم كان الحجته في مخالفة الضابط السابق ، لا الاصل المقطوع بما سمعت ، ولا تسلط الناس على أموالها الذي لا يقتضي مشروعية العارية ، ولا كونه كالوكالة في الاقتناع ، ولا الحاجة إليها كي يناسب شرعها سهولة الملة و سماحتها ، ولا غير ذلك ممّا ذكر في كلام بعض متأخري المتأخرين مما لا يصح لاثبات مشروعيتها عارية المتنافي للضابط السابق ، بناء على أن المنفعة إذا كانت عيناً لا تدخل ، و إن سميت منفعة و صح تسبيلها في الوقف ، إلا أن مورد الاجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع إلا ما خرج بالدليل ، للاجماع بحسب الظاهر على ذلك ، ولأنه المتيقن من النص و الفتوى

وحينئذ فلا بد لعارية المنحة من دليل ، وليس إلاّ الاجماع إن تم ، اذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدالة عليها .

نعم في التذكرة الاستدلال عليها بما عن النبي ﷺ (١) « العارية مؤداة » ، و المنحة مردودة ، والدين يقضى ، والغريم غارم » وهو مع أنّه من طرق العامة لادلالة فيه الاّ على مشروعية المنحة التي يمكن استفادتها من السيرة المستقيمة أيضاً ، وهو لا يقتضى كونها عارية ، بل لعلّه ضرب من الاباحة ، بل لعل الخبر المزبور ظاهر في كونها ليست من العارية ، وأغرب من ذلك الاستدلال عليه بحسن الحلبي عن الصادق عليه السلام (٢) « في الرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبة سنة شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كلّ شاة كذا وكذا قال : لا بأس بالدراهم ولست أحبّ أن يكون بالسمن » وصحيح ابن سنان (٣) « سأله أيضاً عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن و دراهم معلومة ، لكلّ شاة كذا وكذا في كلّ شهر ، قال : لا بأس بالدراهم وأما السمن فما أحبّ ذلك الاّ أن تكون حوالب فلا بأس بذلك » بتقريب أنّه اذا جاز مع العوض فبدونه أولى ، اذ هو كما ترى لا يقتضى الجواز عارية ، كما أنّ جوازه مع العوض إما لكونه قسماً من الصلح ، أو أنّ ذلك بخصوصه مشروع .

وعلى كلّ حال فلا دليل سوى الاجماع المدعى إن تم ، وظنى أنّه مأخوذ من معلومية مشروعية المنحة من الفتاوى والسيرة المستمرة لكنّه كما عرفت لا يقتضى الجواز عارية ، ولعلّه قسم من الاباحة ، وحينئذ يتّجه التعدّي إلى غير الشاة ، كما هو المتعارف في هذا الزمان في البقر ، وإلى غير اللبن كالصوف والشعر والوبر ، أما على العارية فلا وجه للتعدّي المزبور مع مخالفته للضابط السابق ، كما لا يتعدى من جوازه عارية إلى جوازه إجارة ، بعد اتحادها مع العارية في الضابط السابق ، وربما تختص الإجارة بالجواز للرضاع في الإنسان بخلاف العارية ، فلا يجوز استعارة الامة له حينئذ ، وإن جاز استيجارها ، وأغرب من ذلك ما عن الغنية في باب الهبة « ومن

(١) المستدرك ج ٢ ص ٢٨٩ وفيه والدين مقضى .

(٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب عقد البيع و شروطه الحديث - ١ - ٢ .

منح غيره بقرة أو ناقة أو شاة لينتفع بلبنها مدة لزمه الوفاء بذلك ، إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه ، إذهو كما ترى لا يدخل في الهبة قربة إلى الله تعالى لتجدد الحلب آناً ، كما لا دليل على لزومها منحة أو عارية مالم يكن ملزم خارجي من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط في عقد لازم كما هو واضح . هذا .

وفي بعض نسخ الكتاب ﴿ ولا يستباح وطى الأئمة بالعارية ، وفي استباحتها بلفظ الاباحة تردد ، والأشبه الجواز ﴾ وتعرف الكلام فيه إ شاء الله تعالى في كتاب النكاح عند تعرض المصنف له والله العالم .

﴿ وكيف كان فلا خلاف ولا اشكال في انها ﴾ تصح الاعارة مطلقة ومدة معينة ﴿ لاطلاق الأدلة ، لكن المراد بصحتها مدة ، عدم الاذن فيما بعدها ، لا لزومها إليها نحو ما سمعته في عقد القراض ، ﴾ ﴿ حينئذ ﴾ للممالك ﴿ في الحالين الرجوع ﴾ بها لما عرفت من كونها عقداً جائزاً .

﴿ و ﴾ من ذلك ما ﴿ لو أذن له في البناء أو الفرس ﴾ مطلقاً أو إلى مدة ، ﴿ ثم أمره بالازالة وجبت الاجابة ﴾ خلافاً للمحكي عن أبي علي فلم يوجبها قبل انقضائها في خصوص عارية الارض القراح للفرس والبناء ، بل في محكي المبسوط إذا أذن له أي في الفرس إلى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف ، إلا أنه مع عدم كونه خلافاً في جواز العارية ، لما عرفته سابقاً من أهمية عدم وجوب القلع لذلك ضرورة تحقق انفساخها بالفسخ وإن لم يلزمه الاجابة ، لكن تقتعين عليه الاجرة مثلاً .

﴿ وكذا ﴾ الكلام ﴿ في عارية الارض ﴾ للزراع ﴿ فان ﴾ له الرجوع ﴿ ولو قبل إدراكه على الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها معلومية جواز عقد العارية الذي منه محل البحث ، خلافاً للمحكي عن الشيخ وابن ادريس من وجوب الوفاء على المعبر في الزرع إلى حين إدراكه ، لأن له وقتاً ينتهي إليه ، وظني أن مرجع كلامهما إلى عدم وجوب الازالة ، لا إلى عدم جواز العارية ، وبينهما فرق واضح .

و الذي يقتضيه النظر في المسألة أنه لا ينبغي التأمل في جواز عقد العارية هنا لعموم ما دلّ عليه ، و عموم ^(١) « تسلط الناس على أموالها » و أنها قسم من الإباحة و البرّ و الإحسان و غير ذلك ، إنما الكلام في حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها ضرورة رجوع الامر حينئذ إلى تزامم الحقوق ، اذ المستعير ليس ظالماً في عرقه و قاعدة لا ضرر ولا ضرار جارية في المقام بالنسبة إليهما معاً .

ومن هنا قال المصنف وغيره : ﴿ وعلى الآذن الارش ﴾ فاحتمال تسلط المعتبر على الإزالة مطلقاً بلا أرض لأصل ، ولأن المستعير هو الذي أدخل الضرر على نفسه بإقدامه على العارية التي يجوز فسخها في كل وقت ، لا يخفى عليك ما فيه ، لا نقطاع الأصل بما عرفت من القاعدة ، والاقدام على العارية أعم من الاقدام على الضرر المبني على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك ، وهل هو الامصادرة ؟

ومن هنا نفى الخلاف بعضهم عن وجوب الأرش في المقام وإن استشكل فيه بعضهم إلا أن الأشكال ليس خلافاً ، كما أنه يمكن نفيه أيضاً عن تقديمه على المستعير وإن بذل الاجرة ، ولعل ذلك كاف في ترجيحه على الآخر عند المزاحمة لو أراد بذل الاجرة للبقاء ، أو القيمة للأرض ، ولذا كان المتجه فيهما التراضي لدفع صاحب الأرض قيمة الغرس .

أما موثق محمد بن مسلم ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام - « في رجل اكرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك ، فقال : عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ، فيعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك ، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقبله ويذهب به حيث شاء » - فلم أجد عاملاً به ، عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة ، مع أنه مضطرب ، لأنه على ما في الكافي بعد قوله فيعطيه الغارس ، « وإن كان استأمره فعليه الكرى وله الغرس

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل الباب - ٣٣ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

و الزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء » وحينئذ يكون دالا على أن صاحب الارض
المغصوبة تملك مازرعه الغاصب فيها و غرسه ، كما عن أبي على رحمه الله .

ولا ريب في منافاته حينئذ لاصول المذهب وقواعده ، وبأني إنشاء الله تمام الكلام
في ذلك في كتاب الغصب . ولكن لا كلام هنا في ترجيح جانب المعير على حسب ما عرفت
والله العالم .

إنما الكلام في أمرين أحدهما : عدم التسلط على الازالة إلا بعد دفع الأرض
ولعله الظاهر من قول المصنف ﴿ وليس له المطالبة بالازالة من دون الارش ﴾ بل
جزم به في المسالك وظاهره الاجماع عليه ، قال : « لا تجب اجابته الى القلع قبل دفعه
وان بذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بافلاس أو غيبة ومحوهما ، فيضيع حق المستعير
ويلزم الضرر ، بخلاف ما لو دفع أولا ، فان غايته أن يهرب المستعير أو يتعذر مباشرته
للقلع ، فيباشره المعير باذن الحاكم مع امكانه ، أولا معه مع تعذره ، وتعذر اذن المالك ،
فلا يحصل الضرر ، ثم قال : لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة ، ومن شأنها أنهما مع
الاختلاف يجبران على التقابض معاً من غير أن يسبق أحدهما الآخر ، وإنما حكم
هنا بسبق دفع الارش ، لأن المعية غير ممكنة ، وفي بسط الدفع على الأجزاء حرج
وعسر ، والضرر عن الدافع مندفع ، بخلاف العكس ، فلذلك حكموا بتقدمه » .

قلت يمكن ارادة المصنف عدم السلطنة له على المطالبة بازالته مجانا ،
وليس هو بصدد سبق الدفع وتأخره ومقارنته ، ضرورة كون ذلك من الأحكام لا
المعاوضات ، بمعنى تسلط المعير على طلب الازالة من المستعير ، وعليه الارش ، فلكل
منهما حق على الآخر لامدخلية له فيه ، وعصيان أحدهما فيه لا يقتضي الجواز
للآخر ، وكلام المصنف وما شابهه إنما هو في عدم استحقاق الازالة بدون استحقاق
الارش ، لا بدون سبق دفع الارش الذي لم يقم عليه دليل معتبر ، بل لعل ظاهر
الادلة خلافه ، والامور الاعتبارية مع انها غير تامة لاتصلح لان تكون مدركا شرعيا
والله العالم .

ثانيهما : أن المراد بالارش على ما في المسالك هو تفاوت ما بين كونه منزوعاً من

الارض وثابتاً قال : « وهل يعتبر فيه مجتاًناً أو بأجرة ؟ كلام الشيخ صريح في الاول وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة ، مع احتمال اعتبار الثانى ، بل اختاره بعد ذلك ، وحكاه عن التذكرة قال : لان جواز الرجوع في العارية لامعنى له ، الا أن تكون منفعة الارض ملكاً لصاحبها لاحقاً لغيره فيها ، حينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها الا برضاء بالاجرة ، وحق المستعير يجبر بالارض ، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط على القلع ، ويأخذ الاجرة لوائفاً على ابقائها . »

قلت : قد أظنبتنا سابقاً في نظير المسألة وقلنا إنه لا وجه لاعتبار البقاء مجتاًناً أو بالاجرة في التقويم بعد فرض عدم استحقاق شيء منهما لذى الغرس أو البناء ، بل هو في بعض الأفراد كمال الضرر على المعير ، خصوصاً مع ملاحظة البقاء مجتاًناً فى التقويم .

فالمتجه حينئذ أن المراد بالارض هو تفاوت حالى الشجرة بالقلع وعدمه إن كان ، ونقص آلات البناء بسبب الهدم ؛ بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع و الهدم من حيث كونه قلعاً وهدماً ، من غير ملاحظة البقاء مغروساً و مبنياً ، الذى هو غير مستحق للمستعير لا مجتاًناً ولا بأجرة .

ولعله المراد فيما حكى عن المبسوط وغيره من أنه التفاوت بين كونها مقلوعة وقائمة من غير مراعاة للبقاء ، بل يكون المعير حينئذ مع استحقاقه القلع كالغاصب في الغرامة ، بل ربما استغرقت القيمة بملاحظة ذلك ، خصوصاً مع المجانية اضعاف قيمة الارض كما هو واضح بأدنى تأمل هذا .

وقد يتوهم من إطلاق المصنف عدم الفرق فيما ذكره من الارض بين انقضاء الوقت في الموقته وبين الرجوع قبله ، و وجهه في الثانى واضح ، ضرورة كون الرجوع قبل الوقت كالرجوع في المطلقة ، أمّا ثبوته في الموقته بعد انقضاء الوقت فقد يشكك ، بأن فائدة التوقيت ذلك .

ومن هنا جزم في القواعد و محكى التحرير و جامع المقاصد بأن له الإلزام

بالقلع مجتأناً .

لكن عن التذكرة أن فائدة التوقيت تجديد الغرس للمستعير في كل يوم إلى انقضاء المدّة ، إلى أن قال : « ثم للمالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدّة بالارش وبعدها مجتأناً إن شرط المعير القلع ، أو نقص البناء بعد المدّة ، أو شرط عليه القلع متى طال به عملاً بالشرط ، فإن فائدته سقوط الغرم ، فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما لا من الغرس بالقلع -

وإن لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، وإن لم يختر القلع وأراد المعير فلا بدّ من الأرض » .

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه من منافاته لاصالة براءة الذمّة السالمة عن المعارض ضرورة عدم حق له بعد انتهاء المدّة ، ولا مدخلية لاشتراط القطع وعدمه ، كما لو استأجر منه أرضاً لذلك مدّة فأنتهت ، وأراد المالك تفريغ أرضه .

نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مدّة معينة ، فانقضت ولما يدرك ، لا لتقصير منه بل لهبوب الرياح وقصور الماء وبحوهما ممّا هو ليس من تقصير المستعير ، بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الارش كالعارية المطلقة ، ولعله باعتبار أن له مدّة تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها .

لكن لا ريب في أن المتبجّه أيضاً عموم « تسلط الناس على أموالهم ^(١) » و « أن المؤمنين عند شروطهم ^(٢) » ولم يصدر الإباحة من المالك إلا إلى الامد المخصوص الذي قد دخل المستعير على القلع عند انقضائه ، كما عن المحقق الثاني اختياره .

بل قال : ضعف الأول ظاهر لا يخفى ، كما أنه قال : إن موضع الاشكال إذا لم يكن عدم الإدراك مستنداً إلى تقصير المستعير ، فإن أخّر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجتأناً قطعاً والله العالم .

﴿ ولو أعاره أرضاً للدفن ﴾ لم يمت محترم فدفنه فيها ﴿ لم يكن له إجباره

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة .

(٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب المهور الحديث - ٢

على قلع الميت ﴿ و نبشه وإخراجه إلى أن يطمئن بأندراسه بالنسبة إلى تلك الارض على وجه لا ينافي احترامه ، بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه . ولعل ذلك هو المراد ممّن حكاه على لزومها ، لا أن المراد عدم جواز فسخها ، فإن له ذلك باعتبار كونها عقداً جائزاً ، وتظهر الثمرة فيما لو اتفق نبشه من نابش فإن إعادته حينئذ تحتاج إلى إذن جديدة ، والاجرة ، بناء على استحقاقها في مثله وفي غير ذلك .

لكن من المعلوم أن ذلك بعد تحقق الدفن الذي يحرم معه النباش أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلا كلام في ترتب حرمة الدفن حينئذ عليه ، بل صرح غير واحد من الأصحاب بأنه كذلك بعد الوضع قبل المواراة ، لعدم صدق النباش حينئذ .

اللهم إلا أن يقال : إنه وإن كان كذلك إلا أنه يمكن دعوى مساواته له ، لما في الإخراج من هتك الحرمة ، ولذا أمروا بقرض نجاسة الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها ، بل قيل : لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر .

لكن لا يضاف عدم الاكتفاء بذلك دليلاً لمثل ذلك ، بل لولا الإجماع هنا على حرمة النباش لا يمكن القول بجوازه ، لعموم « تسلط الناس » ولأولويته من جملة من الأمور التي جوزوا النباش لها ، مع أنه لا إطلاق ولا عموم على حرمة ، كي يتمسك بهما إلا الإجماع الذي لولا اعتضاده بما هنا ، لا يمكن المناقشة في تناول معقده لما هنا . هذا كله إذا لم يكن للمستعير جهة جواز للنباش ، وإلا لاتبه إلزامه به ، ولو للنقل إلى المشاهد المشرفة بناء على جوازها ﴿ وللمستعير أن يدخل إلى الأرض ﴾ التي اشتعارها للفرس والبناء والزرع للتنزه ولغيره . ﴿ وأن ﴾ يستظل بشجرها ﴿ في نوم ويقظة لأن ذلك كله ونحوه من توابع مثل هذه العارية في العادة ، وقد سمعت سابقاً أن له إلا ارتفاع بما جرت العادة به .

فما من المبسوط وغيره من عدم الجواز في غير محله ، وإن وافقه عليه في الجملة في التذكرة والقواعد ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة ، فلم يجوزوا دخوله

للتفرج ، لأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة ، فلا يتعداها . وإنما يجوز الدخول له لسقي الشجر و مرمة الجدر و نحوهما مما فيه مصلحة المال و صونه عن التلف .
إلا أنه كما ترى ، بل لا يبعد أن يكون ذكر المصنف لذلك تعريضاً بما سمعته عن المبسوط .

ومنه يعلم ما في المسالك فاقه قد أطلب في بيان أفراد المصنف في ذكر هذا الحكم للمستعير على ما وجدته في النسخ . قال : « وحقه أن يقول : للمعير ، على ما وجدته في سائر كتب الفقه التي تعرضوا فيها لهذه المسألة من كتبنا و كتب غيرنا » .
و النكتة بالنسبة إلى المعير واضحة ، كما ذكرناه ، وأما المستعير فعلى تقدير جواز استغلاله لا نكتة في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها ، ثم ساق جملة مما وجدته من عبارات الأصحاب ، إلى أن قال : نعم ذكر الشهيد في اللمعة جواز استغلال كل منهما بالشجر ، هو أجود من الاقتصار على المستعير إلا أن يجعل نكتة الاقتصار عليه بيان الفرد الاخفى » .

قلت : قد عرفت أن غرض المصنف و الشهيد التعريض بمن لم يجوز ذلك للمستعير ، واختصاصه بالمعير ، باعتبار كونه مالكا للأرض ، فله الدخول إليها و الاستغلال بما فيها ، لعدم كونه تصرفاً بغير أرضه ، كالاستغلال بحائط الغير ، وإنما يمنع من التصرف بالبناء أو الغرس ، بخلاف المستعير الذي ليس له التصرف إلا في المنفعة التي أباحها المالك له ، وهي الغرس و البناء و الزرع و نوابعها مما يصلحها و يحرسها عن التلف .

ولا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرناه وجه النظر في ذلك بل وفي انتفاع المعير في البناء و الغرس من دون إذن المالك ، بناء على أن مثله تصرف ، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاة تحت السقف المقصوب ، كما ذكرناه في كتاب الصلاة ، ولكن قد منعنا كونه تصرفاً صلاتياً ، ثم هو انتفاع به حال الصلاة .

و لعل كلام الأصحاب هنا مؤيد لما قلناه ، بل ظاهرهم عدم حرمة ذلك مطلقاً على المعير ، إذ ليس هو إلا تصرفاً في أرضه ، وإن قارن ذلك انتفاع له على نحو

الاستضاءة بنار الغير ، وهو جالس في ملكه .

إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك من اشكال ، مع فرض قصد استيفاء منفعة الاستغلال بالسقف دفماً للمطر والحرّ ونحوهما ، إذ هو إن لم يكن تصرفاً فيه فلا ريب في كونه ارتفاعاً به على وجه يضمن أجرته للمالك ، هذا .

وربما ظهر من بعضهم أن موضوع الحكم هنا ما إذا رجع المعير في العارية ، و أن المراد بيان أن له قبل دفع الارش وحصول القلع الدخول إلى أرضه والتصرف فيها وإن استلزم الاستغلال ونحوه بغرس الغير وبنائه ، وليس للمستعير الدخول إلا لمصلحة ماله وحفظه من سقى وممرّة بناء ونحوهما ، بل ربما ظهر من بعضهم التوقف في ذلك من دون استيذان أولاً .

ولكن لا يخفى عليك أنه مخالف لظاهر أكثر عبارات الاصحاب ، وإن كان الحكم في حد ذاته ممكنًا ، والأمر سهل بعد فرض معلومية الحكم على كل حال .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد تقدم في كتاب الصلح من المصنف أنه ﴿ لو أعار جداره لطرح خشبة ﴾ و ﴿ وضعها ﴾ و ﴿ طالبه ﴾ بعد ذلك ﴿ بازالتها ﴾ لم يكن له ذلك ، لأن المراد به التأييد ، ثم استحسن الجواز ، وقد ذكرنا هناك ما فنحننا .

لكن قال هنا : ﴿ كان له ذلك ، إلا أن تكون أطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير ﴾ فليس له الزامه بالازالة ، وإن بذل الارش ، لأنه ﴿ يؤدي إلى خرابه ﴾ ، و ﴿ إلى اجباره على إزالة جذوعه عن ملكه ﴾ أي المستعير ، وهو المحكى عن مبسوط الشيخ والسرائر والدروس .

﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ، ومن معلومية جواز عقد العارية المقتضى لوجوب تفريغ ملك المعير ، وإن توقف على تخريب ملكه ، بل قيل : أنه الذي أقدم على ذلك باقدامه على العارية ، فهو في الحقيقة الذي أدخل الضرر على نفسه .

نعم لما لم يكن ظالماً في وضعه ، جبره الشارع بالأرض ، ودعوى لزوم هذه العارية باعتبار بنائها على التأييد و الدوام لا ترجع إلى محصل ، يجوز الاعتماد عليه شرعاً ، بل لو بذل الاجرة لم يلزم صاحب الجدار اجابته ، ترجيحاً لحق صاحب الجدار عليه

لفحوى ماسمعه في الفرس و البناء الذي قد وافق الخصم عليه هناك ، هذا وقد تقدم في كتاب الصلح ماله نفع في المقام فلاحظ و تأمل ، والله العالم .

﴿ ولو أذن له في غرس شجرة ﴾ مثلاً فغرسها ، وبقيت مدة ﴿ ذ ﴾ اتفق أنها مانت أو ﴿ انقلعت ﴾ لهواء خارق ونحوه ، ﴿ جاز ﴾ عند بعض ﴿ أن يفرس غيرها إستصحاباً للإذن الأول ﴾ التي لم يتعقبها رجوع .

﴿ وقيل : يفتقر إلى إذن مستأنف ، وهو أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده المقتضية حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ، إذ الأولى قد انتهت بحصول مقتضاها ، وغرس الشجرة الأخرى شيء جديد ، بل إن لم يكن ثم قرينة يشكك إعادة غرسها ، إذ الظاهر أن الإذن في الفرس كالأمر به بتحقيق بالمرّة .

نعم في التذكرة : د لو انقلع القصيل المأذون له في زرعه في غير زمنه المعتاد ، أوسقط البذع كذلك وقصر الزمان جداً فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن ، ولعله لأنه من الإذن الأولى ، لعدم تحقيق مقتضاها المأذون فيه . كما هو واضح . بل هذه المسائل ونحوها مما لاحظ للفقيه فيها ، لاختلافها باختلاف القرائن الحالية ، فضلاً عن غيرها .

﴿ لا إشكال كما لا خلاف عندنا في أنه ﴾ لا يجوز إعادة العين المستعارة ، إلا بإذن المالك ﴿ ضرورة اقتضاء عقد العارية الإباحة لخصوص المستعير لا تملكه إياها .

﴿ كذا ﴾ لا يجوز له ﴿ إيجارها ﴾ بل هو أولى منه ، خلافاً لما عن بعض العامة من جوازه ، قياساً على الإجارة ، وهو مع بطلانه في نفسه مع الفارق ، فلا ريب في عدم جوازه ولا غيره من النواقل أو المبيحة ﴿ ل ﴾ ما عرفت من ﴿ أن المنافع ليست مملوكة للمستعير ، وإن كان له استيفائها ﴾ بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له ، مع كون العين في يده أو في يد الوكيل باذن المالك ، وليس هو من الاعارة .

ثم إن الظاهر كون الإعارة الثانية مع فرض إذن المالك إتماماً هي من الأول مع فرض كون الإذن على هذا الوجه ، فإنه يصير حينئذٍ وكيلًا و نائبًا ، فلا يقدح حينئذٍ جنونه ونحوه في بقائها .

نعم إذا أذن له في الإعارة لنفسه اتجه حينئذٍ كون الإعارة منه ، و احتمال عدم مشروعيتها هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكا يدفعه إطلاق الأدلة ، و المسلّم منه مع عدم إذن المالك ، فيكون بالشرط حينئذٍ مالكا أو مأذونا .

وقد سمعت التسامح في العارية التي ذكر فيها المصنف صحة العارية من الصبي بإذن وليّه و ستمتع إنشاء الله في الوكالة بإذن الموكل أنها تقع على وجهين ، الوكالة عن الموكل ، والوكالة عن الوكيل نفسه ، نحو ما سمعته في العارية هنا ، ولعل مثله يأتي في الوديعة ، وقد تقدّم منا سابقاً بحث فيه .

إتمام الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن ، ولعلّ العارية من المستعير نفسه أظهر الفردين منه ، ولعلّ منه عارية الدار مثلاً على أن يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم ، فإنّ الإعارة لهم منه ، لامن المعير ، أو يقال : إنّ من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه ، والأمر سهل .

وكيف كان فلو خالف وأعار الغير فلا ريب في فساد العارية ، ولكن الكلام - في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعة ، مع ضمان العين وعدمها - ما سمعته في العارية من الغاصب ، وما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لا يخلو من إشكال كما أوضحنا ذلك كلّهُ هناك فتأمل والله العالم .

الفصل الرابع : في الأحكام المتعلقة بها وفيه مسائل

﴿ الأولى ﴾ لا خلاف ولا إشكال في أن ﴿ العارية أمانة ﴾ كما قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي ^(١) « صاحب العارية والوديعة مؤتمن » ونحوه غيره ، وحينئذٍ فهي كغيرها من الأمانات ﴿ لا تضمن إلا بالتفريط في الحفظ أو التعمد أو باشتراط الضمان ﴾ زيادة على الوديعة للإجماع بقسميه ، والنصوص ^(٢) .

(١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العارية .

ولا ينافي ذلك بناؤها على التبرع حينئذٍ ، كما لا ينافي كونه شرطاً في عقد جائز
إذ هو كالأجتهاد في مقابلة النص .

﴿و﴾ كذا تزيد على الوديعة بأنها ﴿تضمن إذا كانت ذهباً أو فضة وإن لم
يشترط﴾ الضمان ، بلاخلاف أجده فيه في الدراهم و الدنانير منهما ، بل الإجماع
بقسميه عليه و النصوص .

إنما الكلام في غيرهما من المصوغ وغيره الذي هو كذلك أيضاً في صريح اللمعة
والمهذب و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان على ما حكى عن
بعضها ، وفي ظاهر المتن و النافع وغيرهما ممن عبّر كعبارته ، كما عن المقنع و النهاية
والمبسوط وفقه الراوندى ، و التحرير و الإرشاد و المختلف و قواعد الشهيد .

بل لعلّه ظاهر الوسيلة و التبصرة المعبر فيهما بالثمن المراد منه مطلق الذهب
و الفضة ، كما في تعريف الصرف ، أو الورق و العين المعبر بهما في محكي المقنعة و
المراسم و الكافي و الغنية و السرائر ، بناء على إرادة الفضة من أولهما ، كما عن
القاموس و النهاية و كتب التفسير ، أوهى مع الدراهم المضروبة ، كما عن مجمع البحرين
و الدينار و الذهب من ثانيهما كما عن القاموس أيضاً .

نعم عن الصحاح تفسير العين بما ضرب من الدينار ، و الورق بما ضرب من
الدراهم ، و لعلّه لذا نسب الحكم في المختلف إلى الشهرة بين الأصحاب ، و إلا فلم
أجد خلافاً صريحاً قبله ، وإنما هو من الفخر و القطيفي و الكفاية و الرياض على
ما حكى عن بعضها .

و على كل حال فهو الأقوى لصحيح زرارة^(١) « قلت : لأبي عبد الله عليه السلام العارية
مضمونة ، فقال : جميع ما استعمرته فتوى فلا يلزمك نواه ، إلا الذهب و الفضة ،
فإنهما يلزمان إلا أن تشترط أنه متى نوى لم يلزمك نواه ، وكذلك جميع ما استعمرت
فاشترط عليك لزملك ، و الذهب و الفضة لازم لك و إن لم يشترط عليك » .

و اسحاق بن عمار عنه^(٢) أيضاً أو عن أبي إبراهيم عليه السلام « العارية ليس على

مستعيرها ضمان ، إلا ما كان من ذهب أو فضة ، فالتبعا مضمونان اشترطاً أولم يشترطاً .

ولا ينافي ذلك صحيح ابن سنان^(١) عنه أيضاً « لا تضمن العارية إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان ، إلا الدنانير فالتبعا مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً » الذي مثله خبر ابن مسكان^(٢) ولا خبر عبد الملك بن عمرو^(٣) عنه أيضاً « ليس على صاحب العارية ضمان ، إلا أن يشترط صاحبها ، إلا الدراهم فالتبعا مضمونة اشترط صاحبها أولم يشترط » .

بعد ظهور اتحاد المستثنى منه في جميعها في كون المراد تعدد الإخراج من العام ، فهي مخصصات متعدّدة من عام متحد لا يقدم اخصية بعضها من بعض إذ جميع المخصصات متحدة في الحكم الإيجابي الذي هو الضمان ، فلا يحمل بعضها على بعض بعد عدم التنافي بينها .

بل ولا في إخراجها من العام ، ضرورة أن الخاص إذا أخرج من العام لا يزيد دلالاته على ما بقي من الأفراد على دلالاته الأصلية ، فليس حينئذٍ إلا خروج الخاص من العام .

و بذلك ظهر لك المراد من النصوص التي ما بين دال على عدم ضمان العارية أصلاً ، وما بين مستثنى الذهب و الفضة ، وما بين مستثنى الدراهم ، وما بين مستثنى الدنانير .

خصوصاً بعد اتفاقهم على عدم التنافي بين خبري الدراهم و الدنانير ، إذ ليس هو إلا باعتبار ظهورهما في إرادة تعدد الإخراج من العام الذي هو بملاحظة كل واحد منهما لا يقتضي عدم قابلية العام لإخراج غيره ، بل أقصاه بقاء ما عداه على دلالة العام الأول ، فإذا جاء ما يقتضي إخراج فرد آخر ضم إلى الفرد الآخر ، و هكذا .

(١-٣) الوسائل الباب ٣- من أبواب أحكام العارية الحديث ١- و ذيله - ٣ .

فهو بمنزلة أن يقول أكرم الرّجال ، ثمّ يقول : لا تكرم زيدا منهم ، وأخرى لا تكرم عمرو أو ثلاثة لا تكرم الجهال ، وفي الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهال فأنّه لا يشكّ من له أدنى فهم بالخطابات العرفيّة لإرادة إخراج الجهال من الحكم الأوّل ، ولكن نصّ على زيد وعمرو للتأكيد ، وبحوه .

وبذلك ظهر لك ما في كلام فخر المحقّقين من حمل الذهب والفضة على الدرهم والدينار باعتبار أنّهما عامتان بالنسبة إليهما أو مطلقين ، إذ قد عرفت أنّه لا تنافي بين حكم الجميع الذي هو الضمان .

فلا مقتضى للحمل المزبور ، كما أنّه لا تنافي أيضاً بين المستثنى منه في الجميع إذ هو ليس إلاّ عدم ضمان العارية الذي هو مضمون القسم الأوّل من النصوص ، وهذا واضح وإن أطّنب في ردّه في جامع المقاصد ، وزاد في الأطناب ثلثي الشهيدين في المسالك .

نعم في الكفاية و تبعه في الرياض د أن تحقيق المقام حصول التعارض في النصوص المزبورة بين المستثنى منه في خبر الدراهم والدنانير ، وحاصله لضمان في غير الدراهم والدنانير ، وبين المستثنى في خبر الذهب والفضة ، والنسبة بين الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر .

فإنّ خصّ الأوّل بالثاني كان الحاصل لضمان في غير الدراهم والدنانير إلاّ أن يكون ذهباً أو فضة ، وإنّ خصّ الثاني بالأوّل كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمون إلاّ أن يكون غير الدراهم والدنانير .

فالأمر المشترك بين الحكمين ثابت ، وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الدالة على عدم الضمان ، وبمقتضى تلك الأخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض ، فإنّ المتبجّه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير من الذهب والفضة .

لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا ، ضرورة عدم كون المستثنى منه في خبري عبد الملك و ابن سنان غير الدراهم والدنانير ، بل لا يصلح لأن يكون

ذلك مستثنى منه لهما ، وإن أراد الحاصل من المستثنى منه فيهما مع المستثنى ، فليس هو إلا ضمان الدراهم والدنانير لا غيرهما .

و ليس بين مجموع ذلك و بين الذهب و الفضة تعارض العموم من وجه ، إذ لا اختصاص في خبري الذهب و الفضة بالدلالة على عدم ضمانهما حتى يكون ذلك وجه افتراق لهما عن خبري عبد الملك و ابن سنان .

على أن ذلك كله منّا مما شاة لكشف فساد المغالطة المزبورة ، و إلا فإلّا واجب ملاحظة التعارض بين نفس الأدلة من غير تقدير شيء ناشئ من الاجتهاد فيها ، ولا ريب في عدم التفاوت بين مضمون الجميع إلا باقتضاء الضمان في الحلبي و نحوهما من خبر الذهب و الفضة ، و علمه في خبر الدراهم و الدنانير ، و لكن من حيث حصص الضمان فيهما فلا ينافي حينئذٍ إخراج غيرهما بدليل آخر .

فليس حينئذٍ التعارض إلا بالعموم و الخصوص المطلق ، على هذا التقدير ، إذ ليس دليل سلب الضمان عمّا عداهما إلا هو مضمون القسم الأوّل من النصوص ، و هو عدم الضمان في العارية مطلقا الذي لا ينافي الإخراج بخبري الذهب و الفضة كما هو واضح بأدلى تأمل .

و أمّا تقدير غير الدرهم و الدينار وملاحظته مهملاً عن إخراجهما مع موضوع الذهب و الفضة الشاملين لهما و جعل التعارض بينهما من وجه إلى آخر ما سمعته فهو شيء خارج عن النصوص ، صاغه الوهم ، فصار مغالطة على الأفهام الرديئة التي لا تفرق بين مفاهيم الألفاظ و مصاديقها ، إذا كان فيها نوع خفاء .

و حينئذٍ لا يحتاج إلى ردّه بالترجيح بالشهرة العظيمة بين الأصحاب ، ولا بأن أهل العرف لا يفهمون من ذلك إلا تخصيص الأوّل بالثاني ، ولا بعموم^(١) على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، ولا باستلزام العكس إخراج لفظ الذهب و الفضة عن الحقيقة بخلاف الأوّل الذي فيه كثير أفراد إخراج المخصص به العلم بالتخصيص في الجملة ، ولا إلى غير ذلك مما عرفت الاستغناء عنه .

و حينئذٍ فلا محيص مما عليه الأصحاب من ضمان مطلق الذهب والفضة ، بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان معهما غيرهما ، أولاً ، مزجاً أو غيره ، ﴿إلا أن بشرط سقوط الضمان﴾ فيسقط حينئذٍ للأصل ، و الاقتصار في الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقن الذي لم يشترط فيه ذلك ، و عموم ^(١) «المؤمنون» وخصوص صحيح زارة ^(٢) المتقدم القاطع للشك في ذلك .

نعم قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدي و التفريط في ابتداء عقد العارية باعتبار أنه اسقاط للواجب قبل وجوبه ، و منافاته لاطلاق ما دل على تسببهما ذلك ، مع أنه لا يخلو من قوة ، لأنه في قوة الإذن في الإلتلاف ، و للشك في السببية معه ، و الأصل براءة الذمة .

أما ما قيل - من عدم اعتباره أيضاً في عارية مال الغير ، وفي عارية المحل للصيد للمحرم ، - ففيه ما عرفت ، من عدم كونهما عاريتين صحيحتين ، على أن الثانية منهما إن أريد بعدم اعتبار الشرط فيها بالنسبة إلى الفداء ، فهو حق ، لعدم كون ضمانه بالعارية ، بل هو شبه الحكم الشرعي ، و إن أريد به بالنسبة إلى الغرامة للمالك ، فالظاهر انيان البحث السابق فيه .

و ممّا ذكرنا يعلم أنه لا وجه لذكر هذين القسمين في العارية المضمونة ، ضرورة معلومية لإرادة القسم الصحيح منها ، و من هنا تركهما المصنف ، و اقتصر على ما عرفت . كما أنه لا وجه لعدم العارية من المحرم للمحل من قسم العارية التي لا تضمن ، حتى إذا اشترط فيها الضمان ، إذ قد عرفت أنها ليست عارية ، و أن المستعير يملكه ، لعدم ملك المحرم له .

نعم لم يذكر المصنف عارية الرهن ، و لعله للإكتفاء بما ذكره في الرهن ، أو أنه ليس من العارية عنده ، كما أشبعنا الكلام فيه في كتاب الرهن ، و بذلك ظهر لك

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب اليهود الحديث - ٢

(٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام العارية الحديث - ٢

عدم الحاصل فيما ذكره في المسالك من هذه الأقسام ، و حسن اقتصار المصنف في الضمان للعارية على ما ذكره من الاسباب .

و أما ما يحكى عن ابن الجنيّد من ضمان عارية الدّابة أيضاً ، فلم يجدله دليلاً صالحاً للخروج عن الأصل ، فضلاً عن عموم عدم ضمان العارية المؤيد بعموم عدم ضمان الأمانة . والله العالم .

المسألة (الثانية) ❊

لا خلاف ولا إشكال في أن المستعير ❊ إذا ردّ العارية إلى المالك أو ❊ من يقوم مقامه من ❊ وكيله ❊ أو وليّه العام أو الخاص ❊ براء ❊ على حسب غيرها من الامانات و نحوها ، كما أنه لا إشكال ❊ و ❊ لا خلاف عندنا في أنه ❊ لو ردّها إلى الحرز ❊ الذي كانت فيه بلا يد للمالك ولا إذن منه ❊ لم يبرأ ❊ بل هو ضامن لها مع التفريط بها .

و كأنه عرض بذلك للردّ على المحتكى عن أبي حنيفة من أن ردّ العارية إلى ملك المالك كردّها إليه . لأن ردّ العاري في العادة بذلك ، و هو كما ترى . ❊ ولو استعار الدّابة إلى مسافة ❊ معينة مثلاً ❊ فجارزها ضمنها ❊ عيناً و منفعة للتعدي ❊ و لو أعادها إلى ❊ المسافة ❊ الأولى ❊ المأذون فيها ❊ لم يبرأ ❊ من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدي ، للأصل و غيره ، أمّا المنفعة فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العارية بذلك ، إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور في عقد العارية يقتضى تقييده بعدم التعدي أو التفريط ، فالمنفعة التي اقتضى عقد العارية إباحتها غير مضمونة .

نعم بالتعدي المزبور تدخل العين في ضمانه بالتعدي الأول ، ولو تلفت منه حال استعماله المأذون فيه بلا تعدّد أو تفريط كما هو واضح .

و إن أشكل الحال على المحدث البحراني بالنسبة إلى الفرق بين الحكم بضمن العين بالمسافة المأذون فيها دون المنفعة ، و ذلك لأنّ العارية إن انفسخت

بالتعدي المزبور إلتجه ضمان العين و المنفعة مطلقا ، و إلا لم يتجه ضمان العين بعد العود إلى المأذون فيه .

و فيه ما لا يخفى من حصول سبب الضمان ، و هو التعدي المزبور الذي ليس في الأدلة ما يقتضي انفساخ العارية به و بالتفريط ، فهو حينئذ على مقتضى تسببه الضمان حتى في المأذون فيه ، إذ لا تنافي بين العارية و الضمان بسببه . أما المنفعة فهي على إذن العارية و الله العالم .

المسألة (الثالثة) ❖

لا خلاف أيضاً ولا إشكال في أنه ❖ يجوز للمستعير بيع غروسه و أبنيته في الأرض المستعارة للمعير و ❖ بالعكس ، و للأجنبي بل يجوز بيع المستعير ❖ لغيره ❖ أي المعير مع الإذن و بدونها بل مع النهي ❖ على الأ شبه ❖ بأصول المذهب وقواعده التي لا ينافيها احتمال قلع المعير له و هدمه إيتاء ، فإنه لا يخرج عن المأذنة المسوغة لبيعه .

بل هو أولى مما جازوا بيعه من الحيوان المشرف على التلف ، والعبد المستحق للقتل قصاصاً ، فما عن أحد وجهي الشافعية من المنع لذلك واضح الفساد .

نعم عن مبسوط الشيخ أن الأقوى عدم الجواز ، لأنه لا يمكن تسليمه ، بل عنه فيما سلف عدم جواز دخول المستعير لغير السقي و نحوه ، و من هنا بنى في التحرير جواز البيع و عدمه على جواز الدخول و عدمه ، لكن فيه أولاً : أن التسليم في مثله التخلية ، و لا يتفاد ممكن باستيذان المعير ، أو الاستيجار منه و نحو ذلك .

و حرمة الدخول على المشتري - و لا يتفاد به باعتبار اقتضاء عقد العارية الإذن للأول - لا ينافي جواز الشراء ، و إن وجب عليه حينئذ الإستيذان في البقاء من حينه ، فإن لم يحصل كانت الأصول والآلات في مقابلة ثمنه .

و على كل حال فهو أمر خارجي لا مدخلية له في صحة البيع للمال المملوك

الذي يمكن تسلمه باقياً ومقلوعاً ، بل الظاهر صحة البيع حتى مع جهل المشتري بالحال ، وإن تسلط على الخيار حينئذٍ ، لظهور البيع في استحقاق البقاء ، فيتسلط على الخيار لقاعدة الضرر .

ولو باع المستعير والمعير الأرض وما فيها بثمن واحد ، صحّ ويوزع الثمن على قيمة مال كل منهما ، فيقوم الفرس والبناء في أرض مستعارة ، والأرض مشغولة عارية بذلك . نعم يلحظ النسبة بينهما ، ويوزع الثمن عليهما كما هو واضح والله العالم .

المسألة (٤) الرابعة

إذا حملت الاهوية أو السيول حباً * مثلاً * إلى ملك إنسان فنبت كان لصاحب الأرض إزالته * بعد فرض إمتناع المالك عنها ، من غير مراجعة للحاكم * ولا يضمن * له * الأرض * بل ربما استحق عليه الأجرة على ما تسمع * كما في * مسألة * أغصان الشجرة البازرة إلى ملكه * التي تقدم تفصيل الكلام فيها في كتاب الصلح ، فإنّ ظاهر المصنف اتحاد الحكم في المسألتين .

و لكن كشف الحال في المقام هو أن هذا الحب لا يخلو إما أن يكون معرضاً عنه ، أولاً ، وعلى التقديرين إما أن يعلم المالك أو يجهل في منحصر أو غيره .
و على كل حال فإما أن يكون متمولاً ، أو قليلاً غير متمول ، فمع فرض الإعراض فلمالك الأرض وغيره تملكه ، وله طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه وإن كان كثيراً .

لكن في المسالك * أنه يجوز للمالك الرجوع مادامت العين باقية ، لأن ذلك بمنزلة الإباحة ، وفي غيرها التصريح بأنّ له ذلك . وإن تملكه أحد ، إلا أنه قد يشكّل بأصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهبة ، ومنع كونه أولى ، بل ينبغي الجزم بذلك ، بناء على صيرورته كالمباحات بالإعراض .

و على كل حال فالظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الأرض على جبره على القلع ، بعد تحقق الإعراض عنه .

ولكن قد يشكّل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به ، بل وقبله

بناء على عدم خروجه عن الملك بذلك ، إن هو حينئذٍ نحو ما قيل فيما لو ترك الحبّ صاحبه لصاحب الأرض ولم يقبله ، ففي المسالك في وجوب الإزالة وجهان . نعم حكى فيها عن التذكرة القطع بسقوط مؤنة نقله ، وأجرته عنه ، لأنّه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه ، وكان الخيار لصاحب الأرض المشغولة إن شاء أخذه لنفسه ، وإن شاء قلعه .

إلا أنّه لا يخفى عليك ما فيه ، بناءً على وجوب تخليص مالك الغير منه ، ضرورة أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذي قد صرح به غير واحد في الصورة الأخرى ، وهي : ما لو علم المالك بعينه ولم يكن منه إعراض ولا بذل ، معتلين له بأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق ، فيجب تخليصه منه والتسوية وطمّ الحفر . بل صرح بعضهم بوجوب الأجرة عليه للمدّة ، بعد امتناعه ، لأنّه كالغاصب حينئذٍ ، بل عن ظاهر السرائر وجوبها عليه للمدّة السابقة التي استظهر بعضهم عدمها ، لعدم تقصيره في القلع ، وعدم تفريطه في أصل اشتغال الأرض به ، فأصل البراءة بحاله .

أللهم إلا أن يقال : إنه وإن لم يكن مقصراً لكن لا تبرع أيضاً من صاحب الأرض ، والأصل احترام مال الغير الذي منه المنفعة المزبورة .

لكنه كما ترى ، بل قد يناقش في الأجرة مطلقاً ، للشك في وجوب التخليص عليه ، بعد أن لم يكن الشغل منه ، للأصل ، وكونه مالكاً لا يقتضي ذلك نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك ، إزالته عن ملكه ، كما عبّر به المصنف .

ولو كان المالك مشتبهاً في منحصرين ففي المسالك « وجب عليهم أجمع التخلّص بالصلح ، أو التملك ونحوه ، ويجب على صاحب الأرض مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين » .

وفيه : أن هذا الوجوب لا وجه له ، لتمسك كلّ منهم بأصل البراءة السالم عن معارضة باب المقدمة في الفرض المعلوم عدمها فيه ، فالمتجه حينئذٍ إزالته نفسه

عن ملكه بعد مراجعة الحاكم ، أو بدونه ، ولكن يسلم المال للحاكم .
 ﴿ ولو لم يكن محصوراً ففي المسالك أيضاً ﴾ « كان بمنزلة اللقطة » ، وفيه : أنه
 إلى مجهول المالك اقرب منه اليها ، لعدم تحقق كونه مالاً ضائعاً ، ولو بقرينة ، بل
 هو كالثوب الذي أطارته الريح .

﴿ ولو كان قليلاً لا يتمول كنواة واحدة وحبّة كذلك و المالك معلوم ،
 احتمل بعضهم عدم وجوب ردّه ، وأن له تملكه ، لا تنفاء حقيقة المالّية فيه ، والتقويم
 إنّما حصل في أرضه ، وفيه : أنه مناف لأصول المذهب وقواعده المقتضية وجوب ردّه
 إلى صاحبه على حسب ما تقدّم ، وبذلك كلّه بان لك الحال في جميع أطراف
 المسألة .

نعم بقي شيء وهو أنّه لم أجد أحداً احتمل هنا وجوب الانتظار في الزرع
 الذي له أمد ، ولا دفع الارش فيه أو في الشجر كما ذكره في العارية ونحوها ، بل
 صريح بعضهم عدمه ، مع أنّك قد سمعت أنّ بناء ذلك في العارية على تراحم الحقوق
 وعدم كونه ظالماً في عرقه ، وإلاّ فالإذن له يجوز له الرجوع فيها ، لأنّها حصلت في
 ضمن عقد جائز .

و إجراء قاعدة تراحم الحقوق ، ومراعاة الأكثر ضرراً ، والقرعة ونحوها في
 المقام إن لم يكن أولى من ذلك المقام ، فهو مساوٍ له مثل دابة وضعت رأسها في قدر
 شخص أو دخلت دار الغير فاحتاج إخراجها إلى خراب الباب مثلاً ونحو ذلك .

فلا بدّ من ملاحظة الفرق بين المقامين ، ولعلّه قاعدة أخرى وهي وجوب
 تخليص ملك الغير عمّا اشتغل فيه من ملك آخر والله العالم .

المسألة (الخامسة)

لو نقصت العين المستعارة ﴿ ب ﴾ سبب ﴿ الاستعمال ﴾ المأذون فيه ﴿ ثم ﴾
 تلفت وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها ﴿ كما عن المبسوط والتذكرة والمختار
 والحواشي ﴾ لأنّ النقصان المذكور غير مضمون ﴿ في نفسه ولا مندرج في اطلاق

الضمان المشروط .

نعم لو نص عليه في الشرطية اتجه ضمانه ، ولا ينافي تبرع العارية ، ضرورة عدم كونه ضماناً للمنفعة ، بل هو شيء وهي شيء آخر ، والمنافي للعارية اشتراط ضمانها لا ضمانه ، بل لعلّه كذلك وإن كان من لوازم الاستعمال .

لكن لو فرض إتحاد الارتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه بمعنى كون المنفعة المأذون فيها هي نفس النقص المزبور ، إجمعه حينئذ عدم صحة اشتراط ضمانه ، إلا أنه كما ترى مجرّد تصوّر وهمي .

وعلى كل حال فالتردد في ضمانه في صورة اطلاق من بعضهم - بل في جامع المقاصد لا أستبعد ضمانه ، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال ، النقص ، ولأنه لا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه ، والنقص مضموناً ، وهذا قوي جداً ونحوه في المسالك .

بل عن فخر المحققين أنه الأصح بعد أن حكاه عن أبي علي ، و أبي الصلاح - في غير محله .

وخبر وهب ^(١) الذي ذكره بعضهم دليلاً لذلك عن جعفر عن أبيه عليه السلام «ان علياً عليه السلام قال : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فهو ضامن ، المحمول على المضمون بالشرط ، أو التعدي أو التفريط .

مع أنه مؤل ظاهر في غير محل الفرض الذي هو النقص الناشئ من نفس الاستعمال ، كالمحاق الثوب ونحوه ، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه ، فإنه لا شك في اندراجه في اطلاق الضمان المشروط الذي هو الجملة و الاجزاء كما هو واضح .

و حينئذ لا فرق في عدم ضمانه بين تلف العين و بين ردّها ناقصة . ومن الغريب ما يظهر من بعض الكلمات من الفرق ، فإنه لا وجه له ، كما أنه لا وجه للفرق بين المقام ، وبين الضمان بالتعدي و التفريط ثم تلفت بعد نقصها

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العارية الحديث ١١ .

بالاستعمال بعد ذلك ، فإنه لا يضمن إلا القيمة يوم التلف ، لعدم انفساخ العارية بذلك ، فهو حينئذٍ مأذون فيتبعه النقص الحاصل منه ، فما عن بعضهم من الفرق في غير محله .

نعم يضمن النقص الحاصل من التعدي نفسه الذي لم يأذن فيه ، وكذا التفريط وأما الحاصل بعد العود إلى استعمال العارية المأذون فيها فلا ، وإن كانت العين مضمونة في يده لكن قيمتها . هذا .

ولا يخفى عليك أنه حيث يضمن النقص الحاصل من الاستعمال فلا بد من ملاحظته من حين القبض إلى حين التلف ، لمكان ذهاب الاجزاء على التدريج كالنوب يلبس و ينمحق شيئاً فشيئاً كما هو واضح وقد وقع في بعض الكتب المتأخرة هنا ما لا ينبغي أن يسطر فلا تفعل والله العالم .

المسألة (٦) السادسة

إذا قال الراكب ﴿ مثلاً ﴾ أعرضنيها وقال المالك : آجرتكما فالقول قول الراكب ﴿ مع يمينه ، عند الشيخ وابن زهرة و أول الشهيدين و الاردبيلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم ﴾ لأن المالك مدع للاجرة ﴿ والراكب ينفيها ، فهو مع أصل البراءة السالم عن معارضة الإقرار بالاستيفاء مثلاً ، بعد أن اتفقا على كونه بالاذن التي تقع على وجوه ، فهي أهم من الاستحقاق ، فليس المالك حينئذٍ إلامدعياً صرفاً .

﴿ وقيل ﴾ كما عن ابن ادريس واجارة المذهب ، بل لعله المشهور لما شعرف من رجوع غيره إليه ، ﴿ القول قول المالك في عدم العارية ﴾ التي ادعاها الراكب ﴿ فإذا حلف ﴾ حينئذٍ ﴿ سقطت دعوى الراكب وثبت عليه أجره المثل لا المسمى ﴾ الذي نفاه الراكب أيضاً يمينه ، إذ هو منكر بالنسبة إليه .

ولا ينافي ذلك ثبوت أجره المثل التي هي قيمة المنفعة التي قداعترف باستيفائها و هي كالعين بالنسبة إلى المالكة ، والأصل احترام مال المسلم كدمه وعرضه ، بمعنى

الحكم بضمانه على من هو عنده ، حتى يثبت ما يقتضي عدمه من عارية و إباحة مجابية ، ضرورة أن طيب نفسه شرط في حلّ ماله ، والشك فيه شك في الشرط ، وهو الموافق لعموم ^(١) « من أئلف » ^(٢) و « على اليد » و غيرهما ، و عليه بني تقديم قول مدعي القرض على مدعى الوديعة في صحيح اسحاق بن عمار ^(٣) ومدعي النصب على مدعي العارية أيضاً .

نعم تكون على الراكب أجرة المثل إذا صادرت مساوية للمسمى أو أقل منه ، لا إذا كانت أزيد ، لاعترافه حينئذ بدعواه المسمى بعدم استحقاقها ، وإن اتقت دعواه يمين الراكب ، لكن انتفاؤها بالنسبة إلى الزامه بها ، لا ما يعود منها إلى المدعي الذي هو مقتضى التزامه بافتراده .

ولا ينافي ذلك إطلاق المصنف أجرة المثل المنزل على مساواتها للمسمى غالباً أو على إرادة بيان أصل ثبوت الأجرة أو نحو ذلك .

وبذلك ظهر انقطاع أصالة البراءة بالقاعدة المزبورة ، كما أنه ظهر الجواب عن اشكال استحقاق الأجرة بعد انتفاء دعواه الإجارة يمين الراكب ، باعتبار حصر استحقاقه باعترافه بالأجارة المفروض انتفاؤها يمين الراكب ، إذ هو معارض أيضاً بانتفاء المجابية التي ادّعاها الراكب باعتبار حصر سببها باعترافه بالعارية المفروض انتفاؤها يمين المالك ، فلما انتفيا معاً رجع الحاكم إلى أصل آخر يقتضي غرامة الراكب ، و هو أصالة ضمان مال الغير ، فحكم بأجرة المثل غرامة ، عوض منبغة مال الغير التي اعترف باستيفائها .

ولا حرمة على المالك في قبضها ، لعدم تضمن دعواه ما يقتضي حرمتها عليه ، حتى إذا ادّعى كون المسمى عيناً مخصوصة ؟ فإن له أخذها حينئذ مقاصّة على الوجه الذي ذكرناه .

(١) قاعدة استفادة من مضامين الاخبار .

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٥٠٢ .

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الوديعة الحديث - ١ .

وبه بان أن القول الآخر الذى ذكره قولا ثالثاً - وهو أن القول قول المالك أيضاً ، ولكن يرجع بأقل الامرين من المسمى وأجرة المثل لا أجرة المثل مطلقا ، كما فى المتن - هو قول المصنف بعد تنزيل إطلاقه على ما عرفت .

كما أن المذكور قولا رابعاً وهو التحالف ، إذ قد يكون المسمى الذى يدعيه المالك أزيد من أجرة المثل ، فلا بد فى نفيه من يمين الراكب ، لا ينبغي أن يكون قولا ليس كذلك ، ضرورة أن ذلك راجع إلى المالك ، إن أراد طالبه باليمين المحتمل نكوله عنها ، لا أن الحكم له بأجرة المثل موقوف على ذلك ، فإن له عدم الدعوى ، وإسقاط حق اليمين الذى له ، والمطالبة بأجرة المثل التى هى مقتضى حلفه على نفي العارية ، ويكفى ذلك فى الزام الراكب بها .

فليس حينئذ فى المسألة إلا قولان ، منشؤهما ثبوت الاصل المزبور وعدمه ، والظاهر أنه مفروغ منه فى غير المقام ، كما لا يخفى على من أحاط خبراً بأفراد المسألة فى الأبواب المتفرقة .

نعم يحكى عن الشيخ قول ثالث ، وهو استعمال القرعة فى تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه ، لكنه كما ترى ، خصوصاً إذا أراد ذلك حتى بالنسبة إلى اثبات المسمى الذى ادّعاء المالك ، على أن مورد القرعة المشكل ، ولا اشكال بعد القاعدة المزبورة .

وأغرب منه ما يحكى عن غيره من الحكم بأجرة المثل بلا يمين من المالك على نفي العارية ، ولا من الراكب على نفي الإجارة ، لكن ظنى أنه اشتباه من الحاكي ضرورة انحصار سقوط الدعوى بالبيّنة واليمين .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا ريب فى أن القول الثانى ﴿ هو الاشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التى قد عرفت أن منها أصالة عدم خروج مال المسلم من يده إلا بقوله ، ولا فرق فى التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضى مدة الإجارة المدّعاة ، أو فى ائتمائها ، وإن وجب فى الثانى ، أقل الامرين من قسط المسمى وأجرة المثل ، كما أنه لا فرق فيه بين بقاء العين وتلفها ، لأنّها إن كانت باقية ردّها على المالك

مع الأجرة المزبورة .

لكن في المسالك « أن في انتزاع العين بناء على الاكتفاء بحلف المالك على نفي الإعارة ، وكون النزاع في الأثناء نظر ، من انكار المستعير الإجارة ، و إن كان المالك على وجه التبرع قد انتفى بانه ، فيرتجع ، ومن اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارجاعها إلى أن تنقضي المدة التي يدعيها .

قال : وهذا مما يؤيد القول بالتحالف ، لأن هذا نزاع آخر لم يتحرر من يمين المالك ، كالنزاع في الزايد من المسمى .

وفيه أنه على تقدير التحالف وعدمه ليس له انتزاع العين إلا من باب المقاصة التي ينبغي مراعاة نسبة أجرة المثل فيها مع المسمى الذي يدعيه على الراكب ، ضرورة عدم اقتضاء التحالف الانفساخ واقعاً ، فله حينئذ انتزاعه عنه بعد انتفاء دعوى الراكب على ككل تقدير ، وأما الزايد من المسمى فقد عرفت انحصار الحق فيه به فله الدعوى ، وله تركها كما هو واضح .

وإن كانت العين تالفة ، فحكم الأجرة ما ذكر ، وأما العين فإن كانت أمانة كما لو كانت الإعارة التي يدعيها الراكب غير مضمونة ، فلا شيء على الراكب ، لاتفاقهما على كونها في يده أمانة إما بالإجارة أو بالإعارة .

وإن كانت مضمونة ففي المسالك « أن مدعي الإعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمته ، والمالك ينكره ، لعدم اقتضاء الإجارة الضمان ، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه .

قلت : الظاهر أن له المقاصة بما أخذ منه من أجرة المثل ، والزايد يجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه بأحد الطرق الممكنة ، هذا كله فيما لو كان الاختلاف بعد مضي المدة أجمع ، أو البعض الذي يكون له أجرة مثل .

❖ و ❖ أما ❖ لو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع ❖ فلا خلاف ولا إشكال في أنه ❖ كان القول قول الراكب ❖ في عدم الإجارة ❖ لأن المالك يدعي عقداً وهذا ينكره ❖ والفرض عدم دعوى من المالك في استيفاء منفعة ، فليس حينئذ

إلادعوا أن له أجره عليه ، والراكب ينكره ، والأصل براءة ذمته ، فيكون القول قوله ، كما هو واضح .

ولو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعادة المضمونة ، والراكب ادعى الإجارة ، والفرض تلف العين ، فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين وإن زادت القيمة أخذها باليمين ، بناء على ما عرفته من الأصل المزبور . وهذا غير دعوى الضمان في العارية بعد اتفاقهما عليها ، لأن الأصل عدم الإشتراط هناك فيتحقق حينئذ من المالك ما لا يترتب عليه ضمان ، بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى أصالة احترام مال المسلم .

كذا لو كان الاختلاف بينهما في المضمون عارية بالذات كالذهب فادعاه المالك وادعى الآخر أنه إجارة ، بل هو أوضح ، ولو فرض عدم تلف العين اتزعتها المالك باليمين ، وليس له عوض المنفعة شيء لاعترافه بالعارية ، وإن وجب على الآخر إيصال الأجرة أو القسط إليه بأحد الطرق كما هو ظاهر والله العالم .

المسألة (السابعة) :

إذا استعار لينتفع به في شيء فانتفع به في غيره * مما لا يدل عليه إذن المعبر * ضمن * العين لتعديده المقتضي لذلك ، * فإن كان له أجره لزمته أجره مثله * التي هي القيمة للمنفعة المفروض استيفائها بدون إذن المالك ، بل في المسالك « من غير فرق بين كون المنفعة التي استوفها أشق » من المأذون فيها ومساوية وأدنى إذا كانت مخالفة لها في الجنس ، ولو اتفقا في الجنس كأنواع الزرع وفيه ما مر من الاشكال » .

قلت : قد عرفت فيما تقدم من المصنف في الفصل الثالث التصريح بعدم جواز الزرع في الأرض المستعارة للغرس وإن كان أقل ضرراً ، مضافاً إلى إطلاقه في المقام وفي المزارعة التصريح بجواز زرع الأقل ضرراً ، ولعله في الإجارة كذلك ، بل أولى .

وكان وجه الفرق بين العارية والإجارة مثلاً "أن مقتضى الثانية ملك المنفعة ، وهو إنما يتشخص بما يقتضي تنويعه ، كالر كوب والتحميل ونحوهما إلمع الشرط فيجب حينئذ من حيث الإشتراط لا من حيث ملك خصوص تلك المنفعة . فلو استأجر داراً مثلاً لربط دابة مخصوصة فماتت تلك الدابة لم تبطل الإجارة بل له ربط غيرها فيه مما هي أقل ضرراً أو مساوياً ، وكذا ركوب الدابة وسكنى الدار ونحو ذلك ، ضرورة اقتضاء الملك ما ذكرناه مما لا خصوصية فيه إلمع الشرط فإنه يكون حينئذ نحو اشتراط المباشرة في الأجير المقتضية انفساخ العقد بفواتها .

أما العارية فهي ليست إلا إباحة لا فرق فيها بالنسبة إلى ذلك ، فمع فرض الإقتصار فيها على شيء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدي ولو إلى الأقل من الجنس ، فضلاً عن غيره ، ولعله لذا أطلق المصنف هنا فتأمل جيداً والله العالم .

المسألة (الثامنة) :

إذا جحد العارية ﴿ بعد طلب المالك لها ﴾ بطل استيمانه ، ولزمه الضمان مع نبوت الاعارة ﴿ بل وبدون طلبه كما عرفت الكلام فيه مفصلاً في الوديعة ، فإن المسألة من واد واحد والله العالم .

المسألة (التاسعة) :

إذا ادعى التلف فalcوا ، قوله مع يمينه ﴿ لأن ذلك مقتضى ائتمانه كما عرفته مفصلاً في الوديعة ، وكذا في عدم التفريط والتعدي ﴾ و ﴿ أما لو ادعى الرد فalcوا قول المالك مع يمينه ﴾ لقاعدة « البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر » والائتمان لا يقتضي تصديقه في الرد ، وقوله في الوديعة للنص ، لا لذلك ، ولا لأنه قبض لمصلحة المالك بخلافه هنا ، وإلا لاقتضى في الوكيل بدون جعل ذلك ، فالعمدة حينئذ ما ذكرناه كما أوضحناه في الوديعة والله العالم .

المسألة (العاشرة :

لو فرط في العارية * أو تعدى * و تلفت كان عليه قيمتها عند التلف إذا لم يكن لها مثل * وإلا كان عليه مثلها ، * وقيل أعلى القيم * السوقية * من حين التفريط إلى وقت التلف * أخذاً له بأشقّ الأحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك أقوال آخر أيضاً .

* و * لكن لا ريب في أن * الأول أشبه بأصول المذهب وقواعده ، لأنه وقت اشتغال الذمة بالعوض الذي هو بدل العين ، وردّه قائم مقام ردّها . نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذٍ كما هو واضح .

* ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير * مع يمينه في نفي الزايد الموافق لاصالة البراءة ، * وقيل القول قول المالك * أخذاً له أيضاً بأشقّ الأحوال وتحصيلاً للبراءة اليقينية ، * و * لكن * الأول أشبه * بأصول المذهب وقواعده فانه لا دليل على أخذه بأشقّ الأحوال على وجه يشمل المقام ، والشغل بغير ما اعترف به المستعير لم يثبت كما هو واضح . والله العالم .

المسألة (الحادية عشر :

إذا قال : أعرتك هاري * مثلاً * لتعيرني فرسك * ففي القواعد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد كما عن بعضها أن * الأقرب الجواز * لكونه شرطاً يقبله عقدها ، لا عوضاً ، فلا ينافي التبرع المعتبر فيها ، إنما المنافي له أعرتك هذا بهذا .

وفيه منع ، إذ ليس في الأدلة ما يقتضي اختصاص المنافاة بمثل العوض لا الشرط بل المفهوم منها أنها نوع من البرّ والمعاونة والاحسان ونحو ذلك ممّا ينافيد ذكر العوض ولو على طريق الشرط ، نحو أعرتك كتابي لتهبني عشرة دراهم مثلاً ، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بمقدار آخر كهبة وعارية ونحوهما ، وبين استحقاقه في عقدها ، ضرورة منافاته للتبرع المبرور ، كما هو واضح .

وعلى كل حال فعلى الصحة لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المعير ،

لأنه شرط في عقد جايز ، كما لا يجب على أحدهما أجره .
 نعم في الكتب الأربعة أنه لو لم يمر الثاني فالأقرب أن له الأجرة .
 وفي الثاني منها تعليله بأن الأذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً ، بل مع سلامة النفع
 فإذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض .
 وفي الثالث منها بأن كل شرط صح في عقد يثبت الفسخ بفوائه ، فإذا فسخت
 العارية انتفى مبيع العين بغير عوض ، فوجبت الأجرة .
 وفيه أن ذلك إن تم فإثماً يؤثر فيما سيأتي ، أمّا ما سبق من الانتفاع قبل
 الفسخ فلا .

وقد أطل في الرابع منها في ذلك حتى جعل التحقيق في ذلك ما حاصله ، أن
 عقد العارية في غاية الضعف ، ولذا يعول فيه على قرائن الأحوال كظروف الهدايا ، وثمرته
 في غاية الضعف ، وهي الإباحة فتنتفي ثمرته بأدنى سبب ، وهو انتفاء الشرط ، لا أن
 انتفاءه . يسقط على الفسخ ، كما في العقد اللازم القوي الذي ثمرته التملك مثلاً
 واللزوم ، فإن انتفاء الشرط فيه يسقط على فسخ اللزوم ، بخلاف عقد العارية المطلوب
 فيه مجرد الإباحة ، فليس الشرط فيه إلّا شرطاً للإباحة ، فإذا انتفى انتفت .
 وهو كما ترى مرجعه إلى تعليق الأذن في المنفعة الخاصة على الشرط المزبور
 فحيث يحصل تحصل ، وإن انتفى انتفت ، فهو تعليق محض لا يجامع صحة العقد ، وخصوصاً
 إذا كان المعلق عليه العارية في الزمان المتأخر مثلاً ، فإن استيفاء المنفعة الآن قبل مجيء
 المعلق عليه بالأذن التي هي مقتضى صحة العقد ، فلا تتعقبه أجره ، وإلّا لم يصح
 الانتفاع ، ودعوى البقاء مراعى كما ترى .

وبذلك بان لك أنه ليس بشيء ، فضلاً عن أن يكون تحقيقاً ، فالمتجه حينئذٍ
 على الصحة عدم استحقاق الأجرة وإن لم يمر الثاني ، لعدم كونه مستحقاً عليه بعقد
 لازم كما هو واضح .

نعم لو قال أعرتك الدابة بعلفها ، أو أعرتك الدابة بعشرة دراهم كان عارية
 فاسدة ، واستحق حينئذٍ أجره المثل ، لأن المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، ولا ينافي

ذلك كون العارية من العقود التي لا يضمن بصحتها ، لما عرفت سابقاً من أن هذه القاعدة تتبع الأدلة في كل مقام ، على أن الظاهر إرادة غير هذه الجهة من الفساد ، نحو ما قيل في الفساد بعقد المعاوضة إذا كان باشتراط عدم العوض ، مثل بعثك بلا ثمن ، وآجرتك بلا أجر .

بل قد يقال : إن المراد منها ما لا ينافي المقام من إرادة خصوص الافراد ، و لا ريب في الفرض أن العارية لو كانت صحيحة فيه لثرب العوض فليكن كذلك على الفساد ، فيكون ما نحن فيه ممّا يضمن على تقدير صحته وشرعيته ، فيضمن على تقدير فساده وعدم شرعيته ، وإن كان ذلك كما ترى .

وعلى كل حال فما في القواعد من أن ذلك إجارة فاسدة ، لاعارية فاسدة خروج عن حقيقة اللفظ بلا قرينة ، فالمتجه ما قلناه ، والله العالم والموفق والمؤيد والمسدد والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .

﴿ كتاب الاجارة ﴾

التي هي على نحو ما سمعته في لفظ البيع من أن "الاصح" كونها نقل المنفعة ، لا العقد ، ولا الانتقال كما عرفته ، وأحسن تعريف لها " أنها ما شرعت لنقل المنفعة بعوض من آخر ولو حكماً " فانه مع خلوة عن ذكر الشرائط ونحوها - فيه مما لم ينتف المحدد باتفائها ، وعن ذكر لفظ "الاجارة" ونحوه مما يستلزم الدور - شامل للمعاطاة فيها ، بناء على كونها إجارة ، وللصحيح منها والفاقد ، فإنها للأعم منهما كغيرها من ألفاظ العقود ، كما أنه لاحقيقة للشارع فيها ، وإنما اعتبر في صحتها أموراً ، وإلا فهي باقية على معانيها الأصلية .

نعم قد يقال : في خصوص لفظ الاجارة بناء على عدم كونه مصدراً ، بل بمعنى الاجرة على ما صرح به بعضهم ، بل لعله يظهر من مجمل ابن فارس .
بل قد يظهر - من اقتضائه في الصحاح على ذكر الاجر مصدراً لأجر ، والايجار مصدراً لأجر ذلك أيضاً - أنه منقول منه إلى النقل المزبور مع احتمال كونه مصدراً سماعياً لأجر نحو كتب يكتب كتباً وكتابة ، فيتحد حينئذ مع لفظ البيع وغيره من أسماء العقود في استعمالها في معانيها الأصلية كما عرفت .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ فيه فصول أربعة : الاول : العقد ﴾ أي عقد الاجارة وهو اللفظ الانشائي الدال عليها ﴿ وثمرته ﴾ التي شرع لها ﴿ تملك المنفعة ﴾ المعلومة ﴿ ب ﴾ مقابلة تملك ﴿ عوض معلوم ﴾ على وجه الزوم ﴿ ويقتصر ﴾ في تحقق مسماء ﴿ إلى إيجاب وقبول والعبارة الصريحة عن الإيجاب ﴾ باعتبار وضعها للدلالة عليه ﴿ آجرتك ﴾ وأكرمتك هذه الدار مثلاً ﴿ ولا يكفي ﴾ فيه ﴿ ملكتك ﴾ بل هو مناف له ضرورة اقتضائه تملك المنفعة ، بخلاف ملكتك هذه الدار المفيد

تمليك نفس العين التي هي ليست مورداً للاجارة .

﴿ أما لو قال : ملكتك سكنى هذه الدار سنة مثلاً صح ﴾ بناء على الاكتفاء به في عقد البيع كما عرفت الكلام فيه وفي نظائره مفصلاً ، بل لا تبعد الصحة في الاول أيضاً مع قصد المنفعة المدلول عليه بقرائن حالية أو مقالية ، بناء على الاكتفاء في العقد بالمجازات غير المستنكرة فيه ، كما لا يخلو من قوة عرفت في باب البيع ، وعرفها في النكاح فلاحظ وتأمل .

﴿ وكذا ﴾ الكلام في ﴿ أعرتك ﴾ هذه الدار سنة بكذا مريداً بها معنى الاجارة ﴿ لتحقيق القصد ﴾ حينئذٍ ﴿ إلى ﴾ نقل ﴿ المنفعة ﴾ إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص في العقد .

بل ظاهر ما وصل إلينا من الأدلة في المقام وغيره كالبيع والنكاح ونحوهما التوسعة فيما يعقد به العقد ، والاكتفاء بكل لفظ يدل على انشاء المراد به حقيقة ، أو مجازاً غير مستنكر في أمثاله ، وكفى بذلك قاطعاً لاصالة عدم النقل وغيرها .

ولعل شهرة عدم عقد العقود الأربعة بالمجازات محمولة على المجازات المستنكرة في مثل ذلك كاستعمال النكاح في البيع وبالعكس ، لا مطلقاً ، كما لا يخفى على من تصفح كلماتهم ، ولعل من ذلك ما في المتن ﴿ و ﴾ غيره ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ما ﴿ لو قال : بعثك هذه الدار وبوى الاجارة لم تصح وكذا لو قال : بعثك سكنها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الاعيان ﴾ على وجه يستهجن استعماله في نقل المنافع مجازاً .

﴿ و ﴾ لكن مع هذا فعن التحرير احتمال الاعتقاد به بل في المتن ﴿ فيه تردد ﴾ مما عرفت ، ومن أن البيع يفيد نقلها تبعاً للاعيان ، بل لعل قيامه مقامها أنسب من لفظ العارية الذي هو حقيقة في إباحة المنفعة مجاناً ، إلا أن الأصح عدم ، لاستهجان العقد بذلك في عرف المتشعبة كالعكس ، أي عقد البيع بلفظ الاجارة . ﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ الاجارة عقد لازم ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لاصالته

المستفادة من الآية ^(١) وغيرها فـ ﴿لا تبطل﴾ حينئذٍ ﴿إلا بالتقابل﴾ المشروع فيها وفي غيرها كما عرفته في محله ، ﴿أو بأحد الاسباب المقتضية للفسخ﴾ التي ستسمع تفصيلها انشاء الله .

﴿ولا تبطل بالبيع﴾ للعين المستأجرة ، لعدم المنافاة بعد اختلاف متعلقهما . نعم يتخير المشتري مع جهله بين الصبر إلى انتهاء مدة الاجارة ، وبين الفسخ باعتبار اقتضاء اطلاق العقد تعجيل التسليم للارتفاع كما هو الغالب ، بخلاف العالم بذلك فانه لا خيار له ، ولوافق فسخ المستأجر بأحد أسبابه عادت المنفعة إلى البائع دون المشتري الذي قد استحق العين مسلوقة المنفعة إلى المدة .

وعلى كل حال فقد عرفت عدم بطلانها بالبيع لما سمعت ، بل الظاهر ذلك حتى لو كان المشتري هو المستأجر ، فيجتمع حينئذٍ عليه الثمن والاجرة ، وملك العين إنما يستتبع ملك المنافع إذا لم يستوف ملكها بسبب آخر كما هو واضح .

﴿و﴾ كذا ﴿لا تبطل بالعدر﴾ المانع من تمام الارتفاع المعدة له العين ﴿مهما كان الارتفاع﴾ المقصود في الجملة ﴿ممكناً﴾ وإن تخير المستأجر مع نقصان الارتفاع بين الفسخ والامساك بتمام الاجرة ، كما أنها تبطل بتعذر أصل الارتفاع ، بل الظاهر بطلانها بتلف المنفعة المرادة منها كما لو استأجر أرضاً للزراعة ففرقت وأمكن الارتفاع بها بغيرها ، ضرورة كون ذلك كتلف العين ، وستسمع فيما يأتي انشاء الله تمام الكلام فيه .

﴿وهل تبطل بالموت المشهور بين﴾ قدماء ﴿الأصحاب نعم﴾ إن هو خيرة الشيخين في المقنعة والنهاية والخلاف وسلاح وبني زهرة وحجة والبراج وسعيد ، بل في الخلاف والفنية الاجماع عليه بل زاد في الاول نسبته إلى أخبار الفرقة .

﴿وقيل﴾ والقائل الاكثر من أصحابنا على ما في مهذب القاضي ﴿لا تبطل بموت الموجر وتبطل بموت المستأجر﴾ وفي محكي المبسوط أنه الاظهر عند أصحابنا بعد أن حكى عنهم الانقاسخ بموت كل منهما ، وهو كالمندافع .

﴿وقال آخرون : لا تبطل بموت أحدهما وهو الاشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده وأشهر بين المتأخرين بل هو المشهور بينهم ، بل في المسالك نسبته إليهم أجمع ولعله كذلك إلا ما سمعته من ابن سعيد ، وما يظهر من تذكرة الفاضل من الميل إلى الاول مع أن خيرته في باقي كتبه الاخير كابن إدريس ، والمصنف والفخر والشهيد بن الآبي والسيوري ، والصيمري والكركي والارديلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم ، بل نسب إلى جماعة من القدماء كالاسكافي وأبي الصلاح بل في السرائر نسبته إلى الأكثرين المحصلين ، وفي المختلف أن أكثر الأصحاب لم يفتوا بالبطلان هذا .

وظاهر المتن وغيره كصريح آخر انحصار الأقوال في الثلاثة ، لكن في التذكرة عن بعض علمائنا البطلان بموت الموجر خاصة ، إلا أنا لم نتحققه ، واقتصار المرتضى وابن الجنيّد على ما حكى عنهما على ذكر عدم البطلان بموت المستأجر لا يقتضي ذلك ، بل لعله يقتضي عدم مطلقا بضميمة عدم القول بالفصل ، ولعله لذا نسب غير واحد إليهما التسوية في عدم الانساق .

كما أنا لم نتحقق القول الثاني لأحد ، وإن نسبته ابن البرّاج إلى الأكثر كما عرفت ، ونسبه غيره إلى الشيخ ، لكن في نهايته وخلافه ما سمعت ، بل في الاخير منهما أنه قول شاذ لا يعول عليه ، ويقرب منه ما في الغنية .

وأما مبسوطه ففيه الموت يفسخ الاجارة سواء كان الميّت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا ، والظاهر عندهم أن موت المستأجر يبطلها ، وموت الموجر لا يبطلها وفيه خلاف وهو كما ترى .

نعم عن كشف الرموز أنه قول ابن طائوس ، ويمكن إرادته كالمحكي عن الأكثر على فرض صحّة الاجير الخاص ، وقد ظهر بما ذكرنا إنحصار الخلاف الممتدّ به في القولين ، الاول والاخير ، ولا ريب في قوة الثاني لعموم «أوفوا» والاستصحاب وكون الاجارة من العقود اللازمة التي شأنها عدم البطلان بالموت ، وإطلاق ما دلّ على لزوم

الكري فيها كصحيح ابن يقطين^(١) وغيره .

وقيل خصوص خبر أحمد بن اسحاق الرازي^(٢) قال كتب رجل إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام ، رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المواجه تلك الضيعة التي آجرها بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع وكان حاضراً له شاهداً عليه فمات المشتري وله ورثة هل يرجع ذلك في الميراث أم يبقى في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته فكتب عليه السلام إلى أن تنقضي إجارته .

وفيه إن ذلك غير ما نحن فيه ، ضرورة كون الميث المشتري وهو غير موجر ولا مستأجر ، ودعوى قيامه مقامه بالنسبة إلى ذلك مخالف لظاهر كلام القائل ، ولا استبعاد في التزامه الفسخ بموت أحدهما ، وإن خرجت المنفعة أو العين من أيديهما بعقد لازم ، إلا أنه بالنسبة إليهما خاصة لا يتعدى منه إلى العقد الذي قد صدر منهما وكذا احتمال أن الوجه في ذلك اطلاق الجواب الذي هو مساق لغير ذلك .

نعم قد استدلل عليه بخبر ابراهيم بن محمد الهمداني بل صحيحه^(٣) قال « كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام وسألته عن امرأة آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الاجرة في كل سنة عند انقضائها لا يقدم لها شيء من الاجرة ما لم يمض الوقت ، فماتت قبل ثلاث سنين أو بعدها ، هل يجب على ورثتها إنفاذ الاجارة إلى الوقت أم تكون الاجارة منقضية بموت المرأة ؟ فكتب عليه السلام : إن كان لها وقت مسمى لم تبلغه فماتت فلورثتها تلك الاجارة ، وإن لم تبلغ ذلك الوقت وبلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت انشاء الله . »

وفيه - مع كونه بعد التسليم ليس دالاً إلا على بطلان القول بالانفساخ مطلقاً والقول به بموت الموجر دون القول به في المستأجر خاصة ، ضرورة كون المفروض

(١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٤ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٥ وفيه كتبت الى

أبي الحسن عليه السلام .

(٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

فيه موت الموجهر .

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَتِمَّ بوضوح ضعف القول المزبور - أنه مبني على إرادة مدّة الاجارة من قوله « وقت مسمى » بقرينة السؤال ، وأنّ قوله « وإن لم تبلغ ذلك » إلى آخره بيان للشرطية الاولى لا مقابل لها ، وأنّ المراد من قوله « فيعطى ورثتها بقدر » إلى آخره أنها تعطى بنسبة ما بلغت ، فإنّ المعطى حينئذٍ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت ، والجميع كما ترى .

ومن هنا احتمل في الرواية معنى آخر ، وهو أن يكون المراد بالوقت النجم المضروب لدفع أبعاض الاجرة ، وهو انقضاء السنة ، ويؤيده أن وقت الاجارة مفروض في السؤال ، فلا يقبل التشكيك والاحتمال حتى يشترط ذلك ، وكذا عدم بلوغها ذلك الوقت ، بل قيل : إنّه على هذا التقدير لا يلزم تفكيك في الوقت ، فإنّ المراد بالمتكرر منه معنى واحد ، بخلاف الأوّل فإنّ الوقت في قول السائل أو لا معالم يمض الوقت « هو وقت دفع الاجرة لا وقت الاجارة .

وكذا قوله عَلَيْهِ السَّلَام « إن كان لها وقت مسمى » فإنّ مدّة الاجارة ليس لها ، وإنما عليها امضاءها ، بخلاف وقت أخذ الاجارة ، وكذا حسن المقابلة بين الشرطين فإنّ المراد من الاولى حينئذٍ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجرة ، والمراد من قوله « لم تبلغه » أنها لم تبلغها أجرته ، ومن الثانية موتها في أثنائه في الثلث أو النصف أو غيرهما ، ويكون قوله عَلَيْهِ السَّلَام « فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت » على ظاهره وهو أن الورثة يعطون مقدار الأجرة الماضية دون الباقية ، وعلى هذا فيكون مدلول الرواية ضد المطلوب .

لكن في مصايح العلامة الطباطبائي أن الظاهر هو المعنى الأوّل ، وقوله عَلَيْهِ السَّلَام « إن كان لها وقت مسمى لم تبلغه » كالصريح في عدم بلوغ الوقت ، والحمل على عدم بلوغ الأجرة في غاية البعد ، وفي بعض النسخ مكان لم تبلغه « لم تبلغ » والدلالة فيه أظهر وأوضح ، وحمل قوله « بقدر ما بلغت » على إرادة النسبة كما سمعت ، ليس بهذه المثابة من البعد .

ثم قال : ويحتمل عود الضمير في قوله « بلغت » إلى الورثة دون المرأة فيكون المراد بقية المدة التي صارت للورثة وفي قول السائل « هل يجب » إلى آخره دلالة واضحة على ارادة المدة دون الأجل المضروب كدفع الأجرة ، والامر في باقى القرائن هين .

قلت : قديقال : إنه ظاهر بالفسخ على تقدير الأول أيضاً وذلك بأن يكون المراد إن كان للاجارة وقت مسمى ولم يبلغه المرأة أي لم تبلغ شيئاً منه بقريضة الشرطية الثانية ، على معنى أنها آجرت إلى مدة معلومة ، فمات حال الاجارة قبل أن تبلغ شيئاً من المدة ، فالحكم فيه حينئذ أن لورثتها تلك الاجارة ، على معنى أن لهم امضاءها أوفسخها ، بناءً على أن المراد من القول بالفسخ بالموت عدم لزوم الاجارة ، على الورثة بحوما اعترف به القائل بالصحة فيما استثناء من هذه المسئلة وهو إجارة البطن الأول من الموقوف عليهم ، وانتقل الوقف إلى البطن الثاني بموت الأولين في أثناء الاجارة ، فان لهم الخيار في إنفاذا لاجارة الأولى وفسخها ، وإن أبيت عن ذلك باعتبار ظهور كلام القائل هنا في انفساخ عقد الاجارة وبطلانه بالموت على وجه لا تنفعه إجازة الوارث ، فيمكن أن يكون المراد أن الورثة إن شاءوا آجروا ، وإن شاءوا لم يوجروا .

وعلى كل حال فالمراد من الشرطية الثانية أنها إن لم تبلغ المرأة الوقت المسمى ولكن بلغت ثلثه أو نصفه مثلاً ، فللورثة حينئذ من الأجرة مقدار ما بلغت المرأة من الوقت إن ثلثاً فنلت ، وإن نصفاً فنصف ، ضرورة أنه مقتضى انفساخ عقد الاجارة ، حتى لو اشترط على المرأة تأخير الأجرة إلى تمام السنة مثلاً كما هو مفروض السؤال ، لعدم تأثير الشرط بعد انفساخ العقد الذي ذكر فيه ، وحينئذ تنضح دلالتها على الانفساخ على هذا التقدير ، بل هي كذلك أيضاً على نسخة « لم تبلغ » .

بل لعل ما ذكرناه أولى مما سمعته ، بل يمكن القطع بعدم إرادة ما ذكره في تفسير يعطى ورثتها بقدر ما بلغت ، على تقدير الدلالة على الصحة كما أنه يمكن

القطع بفساد تفسير لم يبلغه على التقدير الثاني ، بأنها لم تبلغها أجرته ، واشتمال السؤال على ذكره مدة الاجارة ، لا ينافي عدم ملاحظته في الجواب الذي أريد منه تفصيل الحكم بحسب الأفراد ، على أن ذلك وارد على تقدير إرادة الأجرة لا عقد الاجارة .

وأظرف شيء استبعاد إرادة الاجارة من الجواب ، بأنه ليس لها أى المرأة مدة الاجارة وإنما عليها امضاؤها ، ضرورة كون المراد من ضمير لها الاجارة ، لا المرأة ، حتى يرد ذلك ، على أن مدة الأجرة ليس لها أيضاً بل عليها .

وعلى كل حال فلا ريب في ظهور الخبر المزبور في البطلان كما اعترف به المجلسي فيما وجدته في حواشيه على هامش ما حضرنى من نسخة الكافي ، وفاضل الرياض ، وبذلك يقوى القول المزبور ، خصوصاً بعد الاعتضاد بما سمعته من الغنية والخلاف ، بل في التذكرة بعد حكاية ما في الخلاف قال : « ولا شك في عدالته وقبول روايته مسندة ، فتقبل مرسله » قلت : مضافاً إلى أن نقل العدل ما هو حجة من خبر معتبر أو اجماع أو نحو ذلك حجة فتأمل .

على أنه لا معارض لذلك ، سوى عموم أو إطلاق أو استصحاب أو نحو ذلك مما يخرج عنه بأقل من ذلك ، كقاعدة تسلط الملاك الذين منهم مالك المنفعة على ملكهم ، فلهم نقله مدة طويلة وقصيرة ونحو ذلك ، وكان المتأخرين لم يقفوا على الخبر المذكور ، أولم ينقحوا دلالته ، ولذا لم يتعرضوا له .

ومن هنا يضعف الاعتماد على شهرتهم على أنها - مع خروج ابن سعيد منهم والفاضل في التذكرة - معارضة بما عرفت ، من كون البطلان مذهباً لمن سمعت . ولا ينافي ذلك ما سمعته من المبسوط ، فأنك قد عرفت تدافعه ، على أن لم تتحقق ماحكامهم من كون الاظهر عندهم التفصيل المزبور .

ومن الغريب ما في الرياض من دعوى معارضة الاجماعين المزبورين بما في المبسوط من الاجماع على التفصيل ، مشيراً به إلى ما سمعته من عبارته التي هي مع تدافعها وعدم الإشارة فيها إلى الاجماع لم تتحقق ماحكامهم فيها من أظهرية التفصيل

عندهم كما اننا لم نتحقق نسبة ابن البراج له إلى الأكثر ، فإنه لم نعرفه قولا لأحد معلوم.

وكذا ما حكاه ابن ادريس عن الاكثرين المحصلين من القول بالصحة مطلقا ، فإنه لم يعرف لأحد ممن تقدمه ، سوى ما يحكى عن ابن الجنيد والمرضى وأبي الصلاح ، مع أنه لا صراحة في كلام الاولين منهم ، لاقتصاره على عدم الانفساخ بموت المستأجر .

اللهم إلا أن يتم بعدم القول المعتقد به في الصحة بذلك ، لكنه قد يمنع الاتمام بذلك على وجه يحصل منه الأجماع المركب ، خصوصا في أمثال القدماء الذينهم مبدء الأقوال ، ومع التسليم فهم معجوجون بما عرفت .

نعم لادلالة في خصوص الخبر على الفسخ بموت كل منهما ، بل أقصاه الفسخ بموت الموجر ، إلا أنه يمكن تميمه بعدم القول المعتقد به في الفصل بينهما في ذلك كما عرفت .

لكن ومع ذلك كله فالاحتياط لا ينبغي تركه ، كما أنه لا ينبغي تركه فيما لو آجر الولي ، ولو الشرعي ، أو استأجر للمولى عليه ، فمات هو ، فإن الفسخ بموته حينئذ وإن قلنا به في غيره لا يخلو من إشكال بل منع بل قد يحتمل عدم الفسخ أيضا بموت المولى عليه أيضا ، إقتصارا فيما خالف الأصل على محل النص الذي هو المنساق من معقد الاجماعين والفتاوى .

وكيف كان فقد استثنى القائل بعدم الانفساخ موت الأجير الخاص ، والموقوف عليهم ، ومن اشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، والمراد بالأجير الخاص من آجر نفسه على أن يعمل بنفسه عملا مخصوصا ، ولا ريب في انفساخ الإجارة بموته إذا فرض تعلقها بعمله المخصوص ، لا عمل كلتي في ذمته واشترط عليه أدائه بنفسه ، فإن المتجه حينئذ ثبوت الخيار للموجر بتعذر الشرط ، لا الانفساخ ، ومنه يعلم المناقشة في الثالث .

أما الثاني فالظاهر أن للبطن الثاني انفاذ إجارة البطن الأول وعدمه ، فهو

شبه الفضولي بالنسبة إليهم ، لا الأفساخ والبطان كما سيأتي الكلام فيه إنشاء الله .
نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يكن الموجر ناظر الوقف لمصلحة الوقف ولو الشرعي ،
فإن الظاهر مضيته على البطون المتأخرة ، باعتبار ولايته على ذلك ، فهو بمنزلة
إجارتهم ، وإن احتمل فيه الأفساخ أيضاً .

لكنه ضعيف كضعف احتمال مضي إجارة البطن الأول على البطون
المتأخرة ، باعتبار كون المنفعة ملكاً لهم ، فهو كالعين المملوكة التي يؤثرها مالكيها ،
زايداً على أيتام حياته .

وفيه ما لا يخفى من وضوح الفرق بين الأمرين ، فإن الموقوف عليهم يتلقون
الملك من الواقف ، وليس للبطن الأول منه إلا أيتام حياتهم ، بخلاف العين المملوكة
غير الوقف ، فإن مالكيها يملك منفعتها إلى آخر الأبد على حسب ملكية العين ،
وإن زالت بموت ورحوه ، فينتقل منه حينئذ إلى ورثته ، فله اخراج المنفعة من
ملكه زائداً على أيتام حياته ، لأنها من أملاكه ، والناس مسلطون على أموالهم ،
فتنتقل إلى الوارث مسلوقة المنفعة ، أما الموقوف عليهم فملكهم الذي جاء إليهم من
قبل الواقف مقيد .

فمن الغريب اشتباه بعض علماء العصر في ذلك ، مع أنني لم أجد من وافقه عليه
نعم ذكره بعض الأصحاب إجمالاً ، وليته لم يذكره ، وكذا تنفسخ لو كان الموجر
موصى له في المنفعة مدة حياته فمات في أثناءها لانتهاء استحقاقه والله العالم . .

﴿و﴾ على كل حال فضايط مورد الاجارة أن ﴿كلما صح إعارته﴾ من
حيث كونه عيناً ينتفع به مع بقاءه ﴿صح إجارته﴾ بلا خلاف أجده فيه نقلاً
وتحصيلاً بل إجماعاً كذلك ، لما تقدم في العارية من أن العين المستعارة هي كلما
يصح الانتفاع به مع بقاء عينه ، كالثوب والدابة ورحوهما ، وذلك بعينه مورد الاجارة
عرفاً ، ولغة التي هي المستعملة في نقل المنافع في مقابل نقل البيع الأعيان ، فينصرف
الامر بالوفاء بالعقود وغيره من إطلاق كل منهما إلى ذلك ، فلا دليل حينئذ على

صلاحية نقل البيع للمنفعة ، والاجارة للعين ، كى يخرج به عن مقتضى أصالة عدم الانتقال ونحوها .

ولا يقدح في هذا الضابط جواز عارية المنحة للحطب دون الاجارة له ، عكس المرأة للرضاع بعد أن كان ذلك بالدليل ، مع امكان منع كون الأثر عارية حقيقة ، بل هو إباحة كغيرها من إباحات إتلاف الاعيان ، وجواز المنحة أعم من كونه عارية وإمكان منع نقل عين اللبن بها في الثاني ، وإن استلزم الإرضاع الذي هو عمل محض إتلاف اللبن .

كما لا يقدح لذلك أيضاً جواز نحو استيجار الحر ، دون عاريته ، في العكس المستفاد من الكلية المزبورة ، ولو بقرينة إرادة ضبط مورد الاجارة منها ، ولا يتم إلا بكلية العكس ، على أن المراد بالضابط المزبور من حيث كونه عيناً ينتفع بهامع بقائها ، فلا يقدح وجود مانع آخر للعارية أو الاجارة كما هو واضح .

نعم لاشيء مما لا تصح إعارته لعدم كونه عيناً ينتفع بهامع إجارته ، بخلاف أجده فيه أيضاً ، بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى أصالة عدم الانتقال بعدمعلومية كون موردها غير ذلك عرفاً ولغة على وجه تنصرف الأدلة إليه . فلا شمول في شيء منها حينئذ كى يعارض الأصل المزبور .

﴿ و ﴾ أما ﴿ إجارة المشاع ﴾ فهي ﴿ جائزة ﴾ عندنا ﴿ كالمقسوم ﴾ كما في المسالك و الروضة ، لعموم ^(١) « أدفوا بالعقود » ، و خصوص إطلاقات إجارة ، و استيفاء المنفعة ممكن بموافقة الشريك .

نعم لا يسلم العين إلا باذنه ، ولو أبى رفع أمره إلى الحاكم ، كما إذا تنازع الشريكان ، و الإشاعة لاتنافي معلومية المشاع بحسب حاله ، ولذا جاز وقوع البيع عليه وغيره من العقود ، ولا فرق في صحة إجارته بين العلم بإشاعته و الأقدام عليها ، و بين الجهل بذلك ، كما إذا أقدم على استيجار الكل مثلاً ، فبان عدم استحقاق المؤجر ازيد من النصف ، ولم يجز المالك ، وإن كان للمستأجر حينئذ خيار تبعض الصفقة ،

والتعيب بالشركة كما هو واضح والله العالم .

﴿ و العين المستأجرة أمانة ﴾ لغة و عرفاً ضرورة كون الاستيلاء عليها باذن من المالك أو من يقوم مقامه ، بناء على تحقق صدق الأمانة بذلك ﴿ لا يضمنها ﴾ حينئذٍ ﴿ المستأجر إلا بتعد أو تفريط ﴾ كما في كل أمانة ، للاصل المستفاد من السنة في عدة مقامات ، والاجماع بقسميه ، و به يخرج عن عموم ^(١) « على اليد » ولو كان شاملاً للأمانة .

نعم لا ريب في الضمان ولا خلاف فيه بل الاجماع بقسميه عليه أيضاً معهما ، مضافاً إلى عموم النصوص نحو من أئلف و « على اليد » و نحوهما .
و خصوص صحيح علي بن جعفر ^(٢) عن أخيه عليه السلام « سألته عن الرجل إستاجر دابة فأعطاهما غيره فنفقت فما عليه ، قال : إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، و إن لم يسم فليس عليه شيء » .

و في آخر ^(٣) في المتعدى في البغل « أرايت لو عطب البغل أليس كان يلزمني ، قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته ، قلت : فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال : عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم تردّه عليه » .

و في صحيح الحلبي ^(٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفقت الدابة ، قال : ان كان جاز الشرط فهو ضامن ، و إن دخل وادياً و لم يوثقها فهو ضامن ، و إن سقطت في بئر فهو ضامن ، لانه لم يستوثق منها إلى غير ذلك من النصوص الدالة على ذلك .

بل و على الحكم الأول بمقتضى المفهوم ، كبعض النصوص ^(٥) المشتملة على تعليل عدم ضمان العارية بالأمانة ، و الواردة في عدم ضمان الأجير ^(٦) ما يتلف

(١) المستدرک . ج ٢ ص ٥٠٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ .

(٣) (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ - ٣ .

(٥) الوسائل الباب - ١ - من ابواب احكام العارية .

(٦) الوسائل الباب - ٣٢ - من ابواب احكام الاجارة .

في يده إذا كان أميناً ، و نحو ذلك مما يستفاد منه الأصل المزبور في الأمانة الذي مقتضاه هنا عدم الفرق بين التلف في المدة و بعدها ، إذا لم يحصل منه منع للمؤجر عن عينه إذا طلبها ، بل خلتى بينه و بينها ، ضرورة كونها أمانة أيضا في هذا الحال ، فيجري عليها الحكم السابق ، للاستصحاب و اطلاق أدلة الأمانة .

ودعوى - كونها أمانة شرعية حينئذ فيضمنها مع الاخلال بالرّد فوراً - يدفعها بعد التسليم منع وجوب الرّد عليه على وجه تكون المؤنة عليه ، بل أقصاه وجوب التمكين و التخليّة بينها و بين المالك ، فماعن الاسكافي والطوسي من اطلاق الضمان بعد المدة واضح الضعف ، خصوصاً بعد أخصية الدليل المزبور عن الدعوى كما هو ظاهر .

أللهم إلا أن يقال : إن الأصل ضمان مال الغير إلا ما خرج بعنوان شرعي ، كاللقطة و الوديعة و نحوهما ، و ليس للأمانة مصداق عرفي زائد على الوديعة ، و ما ورد من التعليل بالأمانة في غيرها - يراد به كالأمانة في الحكم و الإذن الشرعي بل و المالكى - إذا لم تندرج في عنوان نفى عنه الضمان - لا يقتضى عدمه ، كما لا يخفى على من لاحظ استقراء الموارد من المقبوض بالسوم و الطبيب و البيطار ، وغير ذلك .

والعين المستأجرة في المدة غير مضمونة إلا بالتعدّي أو التفريط ، أمّا ما بعدها فيبقى على قاعدة الضمان ، أللهم إلا أن يدعى أنه شامل لهذا الحال ، ولو للزومه له في العادة . و لكنه لا يخلو من تأمل و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿فى اشتراط ضمانها من غير ذلك﴾ أى التعدّي و التفريط ﴿تردد﴾ ينشأ من قاعدة « المؤمنون » و إطلاق أدلة العقود ، و الأجارة ، و من منافاته لمقتضى العقد أو الأمانة ﴿أظهره المنع﴾ بل هو الأشهر ، بل المشهور بل في جامع المقاصد باطل قطعاً ، بل لم أجد فيه خلافاً الا ما يحكى عن الأردبيلي و الخراساني من الميل إلى الصحة ، و تبعهما في الرياض تمسكاً بالعموم المزبور مع ضعف المعارض ، لمنع منافاته على اطلاقه ، بل هو حيث لم يكن هناك شرط .

والخبير^(١) رجل استأجر سفينة من ملاح فحملها طعاماً فاشترط عليه إن نقص الطعام فمليه ، فقال : جاز ، قلت : إنه ربما زاد الطعام قال : فقال : أيدعي الملاح أنه زاد فيه شيئاً ؟ قلت لا ، قال : لصاحب الطعام الزيادة ، وعليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلك ، وغيره مما دل على نحو ذلك .

وفيه : أنه وإن لم يكن منافياً لمقتضى العقد ، إلا أنه مناف لمقتضى مادل على عدم ضمان الأمانة ، الشامل بعمومه لحال الشرط ، فيكون التعارض بينه وبين المؤمنون من وجه .

ولا ريب في أن الترجيح للأول بالشهرة والأصل وغيرهما ، بل قد يمنع شمول الثاني لذلك ، باعتبار ظهوره في كونه ملزماً كالنذر والعهد ، لا شارعاً جديداً نحو الصلح ، فائبات الضمان به - حينئذٍ مع أن أسبابه انما تستفاد من الشرع - لا يخلو من منع .

وحصوله في العارية بدليل خاص لا تقتضي ثبوته في المقام بعد حرمة القياس ، وإلا لاقتضى جواز اشتراط ضمان الوديعة ونحوها من الأمانات التي يمكن دعوى معلومية خلافاً من مذاق الشرع ، واحتمال كون المراد من الضمان الإلزام باداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف مثلاً ولو من غير تعد ولا تفريط مخالف للفرض ، ضرورة كون المراد الضمان به على حسب الضمان بالتعدى والتفريط ونحوهما من الأسباب الشرعية له ، والبحث في صلاحية عموم المؤمنون لمثل ذلك .

وأما الخبر ونحوه فهو في ضمان من أخذ الأجرة ، لامن دفعها ، وستعرف البحث فيه من دون شرط ، فضلاً عن الاشتراط ، كما أن لتمام تحقيق الحال في عموم « المؤمنون » وصلاحيته لتناول أمثال ذلك ولنتائج العقود محلاً آخر والله هو العالم .
﴿ وليس في الاجارة خيار المجلس ﴾ اجماعاً بقسميه بل المحكي منهما مستفيض أومتواتر ، مضافاً إلى قاعدة اللزوم السالبة عن المعارض هنا ، بعد حرمة القياس عندنا ،

(١) الوسائل الباب - ٢٧ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ مع اختلاف

بل لا يجوز اشتراطه هنا وإن جوزناه في البيع ، من غير اشتراط مدة لثبوته فيه كذلك ، أمّا معها فالظاهر الجواز ، لكن يكون خيار شرط ، لا مجلس ، كما هو واضح .

نعم لا إشكال ولا خلاف في ثبوت خيار الشرط فيها ، بل ربما استظهر من التذكرة الاجماع عليه لعموم دليله ، ﴿و﴾ حينئذٍ ﴿لمو شرط الخيار لأحدهما أولهما﴾ أولاًجنبي ﴿جاز سواء كانت﴾ الاجارة على عين ﴿معينة كأن يستأجر هذا العبد أو هذه الدار أو في الذمة كأن يستأجره ليعين له حائطاً﴾ خلافاً لبعض العامة ، فلم يجوزوه في المعينة ولا ريب في بطلانه ، ضرورة كون الاجارة كالبيع بالنسبة إلى ذلك ، ولذا كان حكم الخيار الثابت فيها من الموت ونحوه كحكم الخيار فيه .

وقد تقدم في بحث الخيار من البيع تمام الكلام في أحكامه وأقسامه التي منها خيار الشرط الذي من أفراده خيار الموآمرة ، وخيار رد الثمن وغير ذلك مما هو مذكور في محله ، فلاحظ ما هناك كي تعرف ما يجري من ذلك هنا بل الظاهر جريان خيار الرؤية والعيب والغبن والاشتراط وتبعيض الصفقة ، وتعذر التسليم والفسخ والتدليس ، بل والشركة ولو في الاجرة ، على معنى أنه إذا آجر داره مثلاً بأجرة معينة ، وقبل القبض قد امتزجت بغيرها على وجه لا تمنع للاشتراك في الدليل ، بل وكذا خيار ما يفسد ليومه ، أمّا خيار الحيوان فلا يجري فيها ، وكذا خيار التأخير ثلاثة أيام ، مع احتمال جريان الأخير .

وبالجملة كل خيار في البيع كان دليله أو من أدلته خبر الضرر ونحوه ، يتجه جريانه ، بخلاف ما اختص بدليل خاص لا يجوز التعدي عنه إلا بالقياس المحرم عندنا .

نعم ربما يمر عليك في اثناء المباحث خيار لا يندرج في الخيارات المزبورة ، ولا بأس به بعد فرض قيام الدليل عليه لعدم الحصر العقلي ولا الشرعي فيها كما هو واضح .

الفصل (الثاني):

في شرائطها : وهي ستة (٥)

﴿ الاول : أن يكون المتعاقدان ﴾ مالكين ﴾ كاملين ﴾ بالبلوغ والعقل و الاختيار ﴾ جائزي التصرف ﴾ لعدم الفلس والسفه و نحوهما من أسباب الحجر ، ﴾ فلو آجر المجنون لم تتمتع بإجارتد ﴾ ولو أجاز وليه بعد ذلك ، ﴾ وكذا الصبي الغير المميز ﴾ بل ﴾ وكذا المميز ﴾ .

لكن في المتن هنا ﴾ إلا باذن وليه ﴾ و هو مخالف لما تقدم له في البيع ، بل لم تعرف به قائلًا قبله ، و إن قال هنا أيضاً . ﴾ وفيه تردد ﴾ فإنه غير خفي عليك عدم خصوص دليل في المقام يصلح فارقاً بينه وبين البيع ، كما أنه لا وجه معتد به للتردد في أصل ذلك في المقام و في البيع ، من غير فرق بين بلوغ الذكر عشراً عاقلاً و عدمه ، لما تقدم هناك فلاحظ كي تعرف ما هنا .

بل وتعرف المراد من شرطية مثل ذلك ، فإنه بالنسبة إلى بعض ، شرط صحة فيفسد العقد بفقده ، و بالنسبة إلى آخر شرط نفوذ العقد ، فلا يفسد العقد حينئذ بفقده آنامًا ، بل تبقى قابلة للتأثير إلى آن حصوله ، كما تقدم في عقد المكروه والفضولي و السفیه و المفلس و نحوهم كما تقدم تفصيل ذلك كله في البيع الذي لم نعر على ما يصلح للفرق بينه وبين الاجارة في ذلك كله فلاحظ و تأمل .

الشرط ﴾ الثاني : أن تكون الأجرة معلومة بالوزن أو الكيل ﴾ أو العدد ﴾ فيما يكال أو يوزن ﴾ أو يعد ﴾ ليتحقق انتفاء الغرر ﴾ و الجهالة المبطللة بالاجماع كما في المختلف نحو ما سمعته في البيع الذي هو نحو الاجارة في ذلك و شبهه ، و إن اختلفا في نقل الأعيان و المنافع ، و هو الحجة على اعتبار العلم المزبور ، مضافاً إلى ما في المسالك عن النبي ﷺ أنه نهى عن الغرر مطلقاً و إن كنا لم نتحققه ، إلا أنه منجبر هنا بالعمل من الأصحاب .

﴿ وقيل ﴾ و القائل جماعة كما في المسالك منهم الشيخ و المرتضى ﴾ تكفي

المشاهدة ﴿ في ارتفاع الجهالة و الغرر ، ﴿ وهو حسن ﴾ فيما ترتفع الجهالة والغرر بها عرفاً ممّا تكفى المشاهدة فيه لا مطلقاً ، ضرورة عدم كفايتها في مثل الموزون و المكيّل والمعدود ، و إلاّ لكفت في البيع المعلوم اعتبار عدمهما فيه ، على وجه يرتفع معه النزاع و الخطر ، و يتحقق به صدق بيع المعلوم عرفاً غير المجهول ، اذ لا يكون ذلك إلاّ بملاحظة ما أعدّ عرفاً لرفع الجهالة ، و تحقق العلم من الوزن و الكيل و العدّ فيما تعارف اعتبارها فيه .

و دعوى الفرق بين الأجارة و البيع بالنسبة إلى ذلك واضحة الفساد ، بعدما سمعت من الأجماع وغيره ، كدعوى كفاية المشاهدة فيهما ، و التمسك بآية «أو فوا» وبحوها من العموم يقضى بعدم اعتبار المشاهدة أيضاً في الصحة الذي لا يقول به الخصم ، فإنّه على الظاهر يبطل الأجارة مع الجهالة ، لكن يدعى ارتفاعها بالمشاهدة ، ودعوى اعتبار ما يرتفع بالمشاهدة من الجهالة دون غيرها مجرد تهجس و تحكم هو واضح . ﴿ و ﴾ كيف كان فإذ خلاف كما لا اشكال في أنه ﴿ تملك الاجرة بنفس العقد ﴾ الذي مقتضاه تبديل ملك بملك ، فمع فرض جامعته شرائط العنقة تترتب عليه آثاره التي منها الملك في العوضين ، لكن لا يجب تسليمها قبل المعوض الذي هو العين الموجرة أو العمل المستأجر عليه ، على حسب الثمن و المثمن في البيع الذي قد عرفت تمام الكلام فيه في محله .

فلو كان المستأجر وصيّاً لم يجزله التسليم قبله إلا مع الإذن صريحاً من الموصي ، أو شاهد الحال ، وإلا كان ضامناً حتى لو توقف الفعل على الأجرة ، كالبيع و امتنع المستأجر من التسليم ، ولم يتمكن من إجباره على ذلك كان له الفسخ ، بل في المسالك كان للأجير الفسخ أيضاً ، ولا يخلو من اشكال بعد فرض إقدامه على الاجارة التي مقتضاها ذلك ، فتأمّل جيداً .

﴿ و ﴾ على كل حال فالمراد ممّا في المتن وغيره من انه ﴿ يجب تعجيلها ﴾ أي الاجرة ﴿ مع الاطلاق ومع اشتراط التعجيل ﴾ الذي هو كالشرط المؤكد دفعها في أوّل أوقات الوجوب ، وهو وقت تمام العمل ، وتسليم العين الموجرة على حسب

غيرها من عقود المعاوضة ، من غير فرق بين الاشتراط وعدمه ، وإن كان ربما يفيد فائدة ، وهي التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به من المؤجر ، أو المستأجر .
نعم لو كان هناك تعارف بعقد ثم يسلم الاجرة قبل المعوض على وجه ينزل العقد عليه ، انجبه وجوبه حينئذٍ على المستأجر ، نحو المشاهدة في العكس * و * هو واضح .

كما أنه * لو شرط * المستأجر مثلاً * التأجيل * في الاجرة * صح *
لعموم «المؤمنون» * بشرط أن يكون * الاجل * معلوماً * مضبوطاً بما لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال .

* وكذا لو شرطها في نجوم * على وجه التقسيط فيجعل لكل أجل قسطاً معلوماً منها ، للاطلاق ، من غير فرق في ذلك بين الاجارة الواردة على معين شخصي والمطلقة الواردة على كلى في الذمة ، خلافاً لما عن بعض العامة فمنع في الثانية قياساً على السلم الذي يجب فيه قبض العوض في المجلس ، وهو كما ترى .

* وإذا وقف المؤجر على عيب في الأجرة سابق على القبض * وإن كان متاخراً عن العقد * كان له الفسخ * المقتضي لزوال ملكه مما قبضه ، فتعود المنفعة إلى ملكه إذا استلزم ذلك فسخ الاجارة لتعذر الابدال * أو * تكون له * المطالبة بالعوض * إذا لم يتم ذلك * إن كانت الاجرة مضمونة * في الذمة .

والمناقشة - في فسخ الاجارة في الاول بأن الاجرة كلية في الذمة ، فلا يستلزم زوال ملكيته عن الفرد المقبوض بفسخه لها فسخ أصل العقد ، وإن تعذر البذل ، بل ينتظر حتى يتمكن منه أو يفرم قيمته - واضحة الفساد ، ضرورة منافية التزامه بذلك الضرر المنفي ، مضافاً إلى الاتفاق ظاهراً على أن له الفسخ في هذا الحال ، وإلى ثبوت الخيار في نظائره بذلك .

بل الظاهر أن له الامساك بالارض فيه كما في فوائد الشرائع والمسالك واهله لصيرورته بتعذر البذل كالمعين المميّنة ، فيثبت له حكمها من الفسخ أو الارش .

نعم المتجه عدم فسخ العقد ، وعدم الارش إذالم يتمتدّر البديل ، بل يختص خياره بين الامساك مجاناً ، والمطالبة بالبديل مع فسخه ، للملكية الحاصل من القبض الذي لا يستلزم فسخه فسخ العقد من أصله في هذا الحال ، وإن كان هو ظاهر جماعة في باب الصرف ، إلا أن التحقيق خلافه ، كما أوضحنا ذلك في الباب المزبور وفي باب السلم وببئها على اختلاف كلماتهم في الباين فلاحظ ، فإنّ منه يتضح لك الحال فيما هنا هذا كله في المضمونة .

﴿ وإن كانت معينة كان له الردّ أو الارش ﴾ على حسب العيب في ثمن المبيع بلا خلاف أجده ولا إشكال ، بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبيع .
نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بما إذالم يكن الاجرة منفعة ، وإلا جرى فيه ما تسمعه انشاء الله من حكم العيب في العين المستأجرة عند تعرض المصنف له .
﴿ ولو أفلس المستأجر بالاجرة فسخ الموجر إن شاء ﴾ وإلا شارك الفرماة كما تقدم الكلام في ذلك وفي فروعه وفي فلس الموجر مفصلاً في باب الفلس فلاحظ وتأمل .

﴿ ولا يجوز أن يؤجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره ، إلا أن يؤجر بغير جنس الاجرة ، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت ﴾ كما عن ظاهر الشيخ ، بل لعله ظاهر المقنعة ، أيضاً ، وإن اقتصر فيها على العائوت والدار ، وعلى استثناء الاحداث .

إلا أنه كالمصنف في باب المزارعة صرح بكراهة إجارة الأرض بالأكثر قال فيها : وتكره إجارة الأرض بأكثر مما استأجرها الانسان به ، إلا أن يكون قد أحدث فيها عملاً أصلحها به ، ككري نهر أو حفر ساقية أو اصلاح دالية أو كراب أرض واشباه ذلك .

ولا بأس أن يؤجرها بأكثر قيمة مما استأجرها به إذا اختلف النوعان ، فكان مال الاجارة عيناً وورقاً واجارتهما حنطة أو شعيراً وإن لم يحدث فيها شيئاً ، وإنما يكره

ذلك فيما يتفق نوعه ، أو يكون عيناً وورقاً دون غيرهما من العروض .
وهذا التفصيل بين الأرض والثلاثة أحوالاً قول في المسألة ، وربما أضيف إليها
الحاوت والرحى ، بل قد عرفت أن المفيد اقتصر على أولهما مع الدار .
وعلى كل حال فيدل عليه من النصوص خبر أبي الربيع الشامي ^(١) عن أبي -
عبدالله عليه السلام « سألته عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين فيواجرها بأكثر مما
يتقبلها ، ويقوم فيها بحفظ السلطان قال : لا بأس به إن الأرض ليست مثل الاجير ،
ولا مثل البيت إن فضل الاجير والبيت حرام » .
وخبر أبي المغرا ^(٢) « عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يستأجر الأرض ثم
يواجرها بأكثر مما استأجرها فقال : لا بأس إن هذا ليس كالحاوت ولا الاجير ،
إن فضل الاجير والحاوت حرام » .

وخبر ابراهيم بن ميمون ^(٣) « إن ابراهيم بن المثنى سأل أبا عبدالله عليه السلام وهو
- يسمع - عن الأرض يستأجرها الرجل ثم يواجرها بأكثر من ذلك قال : ليس به
بأس ، إن الأرض ليست بمنزلة البيت والاجير ، إن فضل البيت حرام ، وفضل الاجير
حرام » .

وأما الجواز مع الإحداث فلا أصل والاجماع بقسميه ، وصحيح الحلبي ^(٤)
عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يستأجر الدار ثم يواجرها بأكثر مما استأجرها
قال : لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئاً » .

وصحيحه الآخر ^(٥) عنه أيضاً « لو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن
ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ، ولا يواجرها بأكثر مما استأجرها
به إلا أن يحدث فيها شيئاً » بناء على إرادة الحرمة من نفي الصلاح في السابق ولو
بقريضة النصوص السابقة التي لا ريب في أولوية حملها عليها من العكس ، لأمر حيتها

(١) (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٢ - ٢ .

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٥ .

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٣ - ٣ .

منه ، بل قد يقال : بأنه للقدر المشترك في العرف السابق .

وأما الجواز مع تباير الجنس فإنه وإن لم يذكر فيما وصل إلينا من النصوص لكن يدل عليه - مضافاً إلى الاجماع المحكي عليه إن لم يكن المحصل وظهور أن سبب المنع الربا المعلوم انتفاؤه في الفرض أصالة الجواز ، بناء على عدم شمول أدله المنع له ضرورة لفظ الاكثرية مما استأجرها به في اتحاد الجنس ، لعدم صدق الاكثرية حقيقة في المختلف ، ومن هنا قيّد في المقنعة والاتصار الاكثرية فيه بالقيمة .

نعم الحاق الرّحا بها كما هو ظاهر الحرّ في الوسائل لا يخلو من منع ، إذ لم نعتز له على نصّ صالح للاخراج به عما يقتضي الجواز ، سوى خبر أبي بصير ^(١) قال أبو عبدالله عليه السلام : « إنني لا أكره أن استأجر رحا وحدها ثم أؤاجرها بأكثر مما استأجرتها به ، إلا أن تحدث فيها حدثاً أو تفرم فيها غرامة » وهو لضعف سنده وقصور دلالاته غير صالح للخروج به عما يقتضي الجواز .

وكذا الحاق السفينة للخبر ^(٢) القاصر سنداً ودلالة أيضاً « لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الارض أو السفينة ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح شيئاً » ضرورة أهمية ثبوت البأس من الحرمة .

وبذلك كلّه ظهر لك قوة القول بالتفصيل المزبور ، وهو الحرمة في البيت والدار والحائوت والأجير لتصريح النصوص السابقة بالفرق بين الأرض وبينها .

ولعلّ مراد المصنف بالخان ، الحائوت ، فإنه أحد معانيه كما صرح به في القاموس . فيكون حينئذٍ موافقاً لما ذكرنا من المنع في المذكورات ، خلافاً لجماعة من القدماء منهم المرتضى والحلي في ظاهر الاتصار والغنية ، والشيخان وابن الجنيّد والصدوق وابن البرّاج وسلاّر فيما حكاه في المختلف عنهم .

وإن كان فيه ما فيه ، كما لا يخفى على المتتبع ، فلم يفرقوا في المنع بين

(١) (٢) الوسائل الباب ٢٢- من أبواب أحكام الاجارة الحديث ٥-٢ .

المذكورات وغيرها من الأعيان المستأجرة ، ولجماعة من المتأخرين بل نسب إلى أكثر علمائنا ، فلم يفرقوا في الجواز بين الجميع ، لكن على كراهية واختاره العلامة في المختلف حاكيا له عن والده ، والدلمي في رسالته ، والمفيد وإن كنا لم نتحققه ، إذ الموجود في المقنعة ما عرفت ، والكركي وثاني الشهيدين وغيرهم إلا مع الاستثنائين .

نعم عن ابن الجنييد تقييد ذلك بما إذا كان مال الإجارة ربويا ، ولعله مراد غيره أيضاً ، كما أنه حكى فيه عن ابن البراج قولاً آخر في الكامل ، قال : « ومن استأجر الأرض بعين أو ورق وأراد أن يوجرها بأكثر من ذلك فعلى قسمين : إما أن يكون قد أحدث فيها شيئاً جاز ، وإن لم يكن أحدث لم يجز ، لأنّ الذّهب والفضّة مضمونان .

وإن كان استأجرها بغير العين والورق من حنطة أو شعير أو غير ذلك جاز أن يوجرها بأكثر من ذلك إذا اختلف النوع ، وهو ظاهر ، في عدم الجواز مع اختلاف النوع في الورق ، نحو ما سمعته من المفيد في الكراهة .

ومن الغريب بعد ذلك ما في المسالك في شرح عبارة المصنف هنا ، فإنه بعد أن ذكرها قال : « هذا قول أكثر الأصحاب استناداً إلى روايات حملها على الكراهة طريق جمع بينها وبين غيرها ، وفي بعضها تصريح بها ، والأقوى الجواز في الجميع إذ قد عرفت أن التفصيل ليس قول أكثر الأصحاب كما أنك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمة في المذكورات أصلاً ، فضلاً عن الصريح في الكراهة ، وخبر الرضا حتى مع اختصاصه فيها قد عرفت الحال فيه كحسن الحلبي في الدار .

نعم ما ذكره لا يخلو من وجه كذلك بالنسبة إلى الأرض ، فإنّ النصوص قد تعارضت فيها ، فيرجح ما دلّ على الجواز فيها سنداً ودلالة ، ويحمل المعارض على الكراهة ، خصوصاً مع عدم كمال ظهور بعضه في الحرمة ، فضلاً عن الصراحة .

ودعوى - اقتضاء ثبوت ذلك فيها الثبوت في غيرها لعدم القول بالفصل ، ولا رادة

المثال فيها - واضحة الفساد بوجود المفصل ، كما عرفت ، وبعدم إمكان إرادة المثال بعد التصريح في النصوص بالفرق بينها ، وبين المذكورات كما سمعت ، فلا ريب في ضعف التعميم المزبور .

بل قيل : إنه كذلك بالنسبة إلى المنع أيضاً ، لعدم ما يصلح للخروج به عما يقتضى الجواز من الاطلاقات ، والعمومات عدا إجماع الانتصار والغنية ، وهو - مع عدم صراحة الأول منهما في ذلك بل ولا ظهوره كما لا يخفى على من لاحظته - موهون بمصير من عرفت : من القائل بالجواز مطلقاً ، أو في الجملة إلى خلافه ، ومعارض بنصوص الأرض والرحى ، ونحوها مما هو أقوى منه من وجوه .

منها : الاعتضاد بالاطلاقات والعمومات ، وعدا دعوى المثالية في نصوص المنع في المذكورات ، وهي أوضح من الأولى فساداً ، بعد تصريح النصوص بالفرق بينها وبين الأرض ، وهو مناف لذلك إلا إذا أريد حينئذٍ شدة الكراهة ونحوها ، مما هو خروج عن ظاهر الدليل بالإقتض ، وعدا دعوى أنه ربا ، فيشملة ما دل على حرمة من الكتاب والسنة .

وفيهما أنه لا ريب في عدم كونه من الرّبا المعروف الذي هو القرض الذي يجزّ نفعا ، أو البيع أو مطلق المعاوضة على المكيل والموزون المتحد الجنس بأزيد منه ، ضرورة كون المقام ليس منه ، ولا دليل معتد به كما عرفت على حرمة الزيادة مطلقا حتى يكون قسماً ثالثاً ، بناء على أن الرّبا كل زيادة محرمة .

نعم يتجه بناء على ذلك كونه ربا في خصوص المذكورات ، لما سمعته من الدليل على حرمة الزيادة فيها ، فتزداد حينئذٍ أدلة الحرمة فيها ، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك حينئذٍ بين ربوية رأس مال الاجارة وعدمها ، لاطلاق الأدلة ، فما عن ابن الجنيّد من اعتبار ذلك في الحرمة لا دليل عليه ، هذا .

ولكن قد يستدل للتعميم المزبور بخبر الحلبي ^(١) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتقبل الأرض بالثلث والرّبع فأقبلها بالنصف قال : لا بأس به ، قلت : فأقبلها بألف

(١) الوسائل الباب - ٢١ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ١ - ٢ - ٤ .

درهم فأقبلتها بألفين ، قال : لا يجوز ، قلت : لم ؟ قال : لأن هذا مضمون وذلك غير مضمون .

وخبر اسحاق بن عمار^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام : إذا تقبلت أرضاً بذهب أو فضة فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، وإن تقبلتها بالنصف والثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به ، لأن الذهب والفضة مضمونان .

ونحوه خبر أبي بصير^(٢) المروي في الفقيه لكن فيه مصمتان بالصاد المهملة بدل مضمونان ، ولعل المراد واحد ، بعد ظهور التعليل في الأعم إذ أحسن شيء يقال فيها : أن المراد الفرق بين المزارعة والاجارة ، وكنى عن الثانية بالضم ، باعتبار وجوب الأجرة فيها على كل حال ، بخلاف المزارعة ، فإن أجرها غير مضمون ، ومن هنا جاز فيها الأكثر ، سواء كانت مأخوذة بالاجارة أو المزارعة ، بخلاف الاجارة ، فلا يكون حبشئ للذهب والفضة خصوصية .

ومنه يعلم أنه لا وجه للاستدلال بها على ما سمعته من المفيد ، وكامل ابن البراج نعم هي على هذا التقدير تكون دالة على المنع في الأرض ، إلا أنها المعارضتها بما عرفت تحمل على الكراهة .

ولا ينافي ذلك ثبوت الكراهة في المزارعة أيضاً لو قلنا بها ، لخبر الهاشمي^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام : سألت عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسمأة أو بطعام مسمى ، ثم آجرها وشرط لمن يزرعها أن يقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر ، وله في الأرض بعد ذلك فضل أو يصلح له ذلك ، قال : نعم إذا حفر لهم نهراً أو عمل لهم شيئاً يعينهم بذلك فله ذلك .

قال : وسألت عن الرجل استأجر أرضاً من أرض الخراج بدراهم مسمأة أو بطعام معلوم فيؤجرها قطعة قطعة أو جريباً بشيء معلوم فيكون له فضل فيما استأجر من السلطان ، ولا ينفق شيئاً أو يؤجر تلك الأرض قطعاً على أن يعطيهم البذور والنفقة

فيكون له في ذلك فضل في إجارته ، وله تربة الأرض أوليست له ؟ فقال : إذا استأجرت أرضاً فأنفقت فيها شيئاً أو رمت فيها فلا بأس بما ذكرت .

إذ يمكن الجمع حينئذٍ بالحمل على شدة الكراهة في الإجارة دون المزارعة ولعله أولى من الجمع بحمل الإجارة في نصوص الجواز على المزارعة ، فيبقى ما دل على المنع من هذه الروايات وغيرها بلا معارض .

ولا ينافي ذلك التصريح بالفرق بينها وبين البيت والأجير ، ضرورة كون وجهه حينئذٍ واضحاً باعتبار عدم المزارعة فيهما دونها ، وإن كان يؤيده ما عرفت سابقاً من الإجماع المحكي المعتضد بالمحكي من فتوى الأكثر ، وكثرة السؤال والجواب في النصوص عن ذلك ، فيما لو آجر بعض العين بأكثر من الاجرة وبالمساوي وبحو ذلك مما يستشعر من المذاق فيها حكم ما نحن فيه ، وغير ذلك .

إلا أنها لعدم ظهورها في إرادة الاجارة من الضمان ، فضلاً عن المصمت ، بل أقصاه أنه احتمال أقرب من احتمال إرادة بيان الفساد من الضمان ، باعتبار كونه إجارة بالأكثر ، أو باعتبار إرادة المزارعة بالدراهم بالالحصة المشاعة ، أو بحو ذلك لا ينبغي أن يجسر بها على مخالفة الأصل بل الأصول ، وعلى تعيين إرادة المزارعة من الاجارة في نصوص الجواز ، ومن هنا كان الحمل على الكراهة أولى .

وأما احتمال تقييد نصوص الجواز بنصوص الاحداث أو بنصوص إجارة البعض بأكثر الاجارة ، كما في المختلف فواضح الفساد ، خصوصاً الثاني منهما بل الاول ، ضرورة منافاة النص على الفرق بينها وبين البيت لذلك ، كما هو ظاهر .

ومن ذلك كله ظهر لك تمام الاقوال في المسألة ، ومستند كل واحد منها وبطلانه هذا كله فيما لو آجر تمام العين بأزيد من الاجرة .

❖ وكذا لو سكن بعض الملك ، لم يجز له أن يؤجر الباقي بزيادة على الاجرة والجنس واحد ❖ إذ هو مع أنه مشمول لأدلة المنع يستفاد حكمه من خبر أبي الربيع الآتي ، ومن الاول بالاولى وهو واضح .

نعم لا إشكال كما لا خلاف نصاً ❖ و ❖ فتوى في أنه ❖ يجوز ❖ إجارة

البعض المزبور وإن قل ﴿بأكثرها﴾ أي الاجرة مع اتحاد الجنس ، فضلاً عن اختلافه .

إنما الكلام في المساوي ، والاقوى الجواز للأصل بل الأصول ، وقول الصادق عليه السلام في خبر أبي الربيع ^(١) المروي في الفقيه « ولو أن رجلاً استأجر داراً بعشرة دراهم فسكن ثلثيها وآجر ثلثها بعشرة دراهم لم يكن به بأس ولكن لا يؤجرها بأكثر مما استأجرها » خلافاً للمحكي عن الشيخ من المنع ، لكونه ربا . ولمضمر سماعة ^(٢) المشتمل على بيع المرعى بأزيد مما اشتراه أو بالمساوي ، بناء على إرادة الاجارة من البيع فيه ، ولما يشعر به خبر علي بن جعفر ^(٣) وغيره مما اشتمل على السؤال عن ذكر الاجارة بالانقص ، ولو قليلاً مما يظهر أنه منتهى الجواز وربما كان ذلك هو الظاهر من عبارة المتن وما شابهها .

لكن لا يخفى عليك عدم صلاحية معارضة مثله للنص المزبور المعتضد بما عرفت ، كسابقه الذي من المأوّل الذي لا يكون حجة مع عدم القرينة الصارفة والمعينة ، وأمّا الرّبا فقد عرفت أنه غير الرّبا المتعارف ، فيقتصر فيه على محلّ النص ، ولا ريب في عدم شموله للفرض ، ضرورة عدم صدق إجارة الأرض بالأزيد ، الظاهر في كون الأجرة الثانية أزيد من الأولى ، وليس ما بقي في يده منها قطعاً كما هو واضح هذا . وظاهر الأصحاب اختصاص الحكم المزبور في الاجارة في الأصل وفي الآخر أمّا لو كان في الصلح أو الشرط مثلاً فيهما أو في أحدهما ، لا إطلاق الأدلة وهو جيد إن كان إجماعاً ، وإلا كان مشكلاً بإطلاق حرمة الفضل في البيت والحانوت والآجير مما ذكر في وجه الفرق بين الأرض وغيرها ، فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ولو استأجره ليحمل له متاعاً إلى موضع معين بأجرة﴾ معينة واشترط عليه وصوله ﴿في وقت معين ، فإن قصر عنه نقص عن أجره شيئاً﴾ معيناً ﴿جاز﴾ وفقاً للأكثر نقلاً وتحصيلاً ، بل المشهور كذلك للأصل ، وقاعدة « المؤمنون

(٣٠٢ و ٣١) الوسائل الباب - ٢٢ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٣ - لكن من

عند شروطهم .

و الصحيح أو الموثق أو الخبر المنجبر بما عرفت عن محمد الحلبي^(١) قال : كنت قاعداً عند قاض من القضاة و عنده أبو جعفر عليه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما : إني تكرت ابل هذا الرجل ليحمله لي متاعاً إلى بعض المعادن و اشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا و كذا لأنها سوق أتخوف أن يفوتني فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا و كذا ، و إنه حبسني عن ذلك الوقت كذا و كذا يوماً ، فقال القاضي : هذا شرط فاسدوفه كراه فلما قام الرجل أقبل إلي أبو جعفر عليه السلام فقال : شرط هذا جازم مالم يحط بجميع كراه .

قيل : و لصحيح ابن مسلم^(٢) قال : « سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأتاه رجلان فقال أحدهما : إني اكرت هذا يوافي بي السنوق يوم كذا و كذا ، و إته لم يفعل ، قال : فقال ليس له كراه . قال : فدعوتك و قلت : يا عبدالله ليس لك أن تذهب بحقه ، و قلت للآخر : ليس لك أن تأخذ كل الذي عليه اصطلاحاً فتراداً بينكما . »

و فيه أنه غير محل "القرض الذي قد عرفت اشتراط النقصان فيه إن لم يوصله فيه ، و ليس فيه تعرض لما عدا اليوم المعين بالأجرة ولا لغيرها ، بل ليس في كلام الإمام أن اللازم في غيره أجرة المثل ولا غيرها .

بل في حواشي ثاني الشهيدين على روضته أن ما تضمنه الخبر من المحتم مخالف للقواعد الشرعية ، لأن اللازم من تعيينه اليوم المعين و السكوت عن غيره أنه لا يستحق في غيره الأجرة ، كما قال ذلك القاضي إلا بفرض اطلاعه عليه السلام على ما يوجب بطلان الاجارة فحكم عليهما بالاصطلاح ، لأن الثابت أجرة المثل ، وهي خارجة عن المعين كما أشار إليه في كلامه .

و إن كان قد يدفع بمنع اقتضاء ذلك عدم الأجرة مطلقاً حتى على نقله له في

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث ١ .

بعض مدّة التعيين الذي بمقتضى عقد الاجارة ، و الفرق بينه و بين الجعالة يستحق التقيسيط ، كما أنه يمكن منعه أيضاً فيما لو أخذ التعيين شرطاً لا مشخصاً على وجه يكون المراد نقل اليوم المخصوص ، نحو الاستيجار مثلاً على صوم أوّل يوم من رجب ، فصام ثابته ، بل المتّجه فيه مع فسخ العقد - لعدم الوفاء بالشرط - الرجوع إلى أجرة المثل ، و إلاّ فالمسمّى .

لكن الظاهر حمل الخبر المزبور على التقيسيط ، و رواه في الفقيه ^(١) صريحاً في غير الفرض ، « قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : اني كنت عند قاض من قضاة المدينة فأقاه رجلان فقال أحدهما : اني اكترت من هذا دابة ليبلغني عليها موضع كذا و كذا فلم يبلغني الموضع فقال القاضي لصاحب الدابة : بلغته إلى الموضع ؟ قال : لا ، قد أعيت دابتي فلم يبلغ ، فقال القاضي ليس لك كرى إن لم تبلغه إلى الموضع الذي اكترى دابتك إليه ، قال : فدعوتهما إلي و قلت للذى اكترى : ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكرى دابة الرجل كلّ ، و قلت للآخر : ليس لك أن تأخذ كرى دابتك كلّ ، ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع و قدر ما ركبت ، فاصطلحا عليه ، فعلا » و هو صريح في غير ما نحن فيه .

نعم ربما أتد بصحيح أبي حمزة ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن الرجل يكثرى الدابة فيقول : اكتريتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن جاوزته فلك كذا و كذا زيادة و يسمّى ذلك قال : لأبأس به كله « بناء على كون المراد منه انه اشترط عليه في متن العقد ذلك ، لا أنه إجارة معلقة ، فيكون حينئذ كاشتراط التقصان في الخبر المزبور ، إلاّ أنه كما ترى ، و كيف كان فالعمدة الموثق المذكور معتضداً بما عرفت .

لكن قد أشكل ذلك بالتعليق و الجهالة و الإيهام ، و أنه كالبيع بشمين نقداً و نسيئة مثلاً ، و من هنا كان خيرة المحقق الثاني و غيره من المتأخرين البطلان في

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب احكام الاجارة الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب احكام الاجارة الحديث ١ .

ذلك ، و طرح الخبر أو حمله على الجعالة أو نحو ذلك .

و هو - مع أنه كالأجتهاد في مقابلة النص الذي لا يقبل الحمل على الجهالة ولو لفهم المعظم منه الإجارة - مدفوع بمنع التعليق في العقد ، اذ ليس المراد منه الإجارة بالمقدار الناقص لو نقص ، كي يكون معلقاً ، بل أقصاء التعليق في الشرط و هو النقص من الأجرة ، ولا دليل على بطلانه فيه ، إذا لم يرجع إلى التعليق في نفس العقد .

بل قد يظهر من كلامهم في تعليق اشتراط الخيار على ردّ الثمن أن الصّحة فيه على مقتضى عموم « المؤمنون عند شروطهم » كما أن مقتضاه أيضاً عدم قدح مثل هذه الجهالة في الشرائط التي يغتفر فيها من ذلك ما لا يغتفر في غيرها ، وليست راجعة إلى أحد العوضين .

و من ذلك يعلم أنه ليس كالبيع بشمين ، ضرورة أن المشابهة له الإجارة على تقديرين ، نحو إن خطته رومياً فلك درهم ، و فارسيّاً نصفه ، و ليس ذلك كذلك ، كما صرح به في المختلف ، و لذا صرح بالصّحة في الفرض من لم يقل بها في نحو المثال المزبور ، ضرورة كون المستأجر عليه فيما نحن فيه معيّنّاً ، وإنما اشترط عليه ذلك على تقدير المخالفة مثلاً ، فيصح حينئذ حتى لو نقص ما اشترط مما يقتضيه التقييد لولم يشترط ، لعموم « المؤمنون » و إطلاق الموثق المعتضد بفتوى المعظم .

ولا ينافيه ما في الدعائم ^(١) عن الصادق عليه السلام « أنه سئل عن الرجل يكثر الدابة أو السفينة على أن يوصله إلى مكان كذا يوم كذا ، فإن لم يوصله يوم ذلك كان الكرى دون ما عقده ، قال : الكرى على هذا فاسد ، و على المكثري أجر مثل حمله » بعد ظهوره في جهالة المسمى على تقدير عدم الإيصال فيتجه البطلان الملوجب لأجرة المثل ، هذا كله إن اشترط النقصان .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو شرط سقوط الأجرة إن لم يوصله فيه لم يجز ﴾ وفاقاً

للمشهور نقلاً و تحصيلاً ، لكونه شرطاً منافياً لمقتضى الإجارة ، إذ مرجعه إلى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الإجارة بلا أجره ، فيكون نحو قولك آجرتك بلا أجره ، و بفساده يفسد العقد ، كما هو الأصح ، و إليه أشار أبو جعفر عليه السلام في خبر الحلبي المتقدم بقوله و شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراهه **﴿وكان له﴾** حينئذ **﴿أجرة المثل﴾** لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده .

لكن في اللعنة فيه نظر لأن قضية كل إجارة المنع من تقيضها ، فيكون قد شرط قضية العقد ، فلم تبطل الإجارة ، غاية ما في الباب أنه إذا أخل بالمشروط و هو نقله في اليوم المعين يكون البطلان منسوباً إلى الأجير ، حيث فوت الزمان المعين ، ولم يفعل فيه ما شرط عليه ، فلا يستحق شيئاً ، لأنه لم يفعل ما استوجز عليه ، ولا يكون البطلان حاصلًا من جهة العقد .

فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير ، واثبات أجرة المثل ، بل اللازم عدم ثبوت شيء و ان نقل المتاع الى المكان المعين في غير الزمان ، لأنه فعل ما لم يؤمر به ، ولا استوجز عليه ، فالشرط المزبور حينئذ مؤكد لمقتضى العقد ، لا منافع له .

و في الروضة « و هذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب ، ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب ، و هو متوجه ، إلا أنه لا يتم إلا اذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمان المعين ، و ما خرج عنه خارج عنها ، و ظاهر الرواية و كلام الأصحاب أن مورد الإجارة كلا القسمين ، و من ثم حكموا بصحتها مع اثبات الأجرة على كلا التقديرين ، نظرا إلى حصول المقتضى و هو الإجارة المعينة المشتملة على الأجرة المعينة ، و إن تعددت و اختلفت لانحصارها و تميئنها كما تقدم ، و بطلانها على التقدير الآخر .

ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأول خاصة وهو النقل في الزمان المعين لكان الحكم بالبطلان - على تقدير فرض أجرة مع نقله في غيره - أولى لأنه خلاف قضية الإجارة ، و خلاف ما تعلقت به ، فكان أولى بثبوت أجرة المثل و جعل

القسمين متعلقها - على تقدير ذكر الأجرة ، والأول خاصة على تقدير عدمه في الثاني مع كونه خلاف الظاهر - موجب لاختلاف الفرض بغير دليل .

و يمكن الفرق بكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الاجارة حيث أتى بلازمها ، وهو الأجرة فيهما ، واسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعلها مورداً من حيث نفي اللازم الدال على نفي الملزوم ، وحينئذ تنزيله على شرط قضية العقد أولى من جعله أجنبياً مفسداً للعقد ، بتخلله بين الإيجاب والقبول . قلت : قد عرفت أن ظاهر الرواية و كلام الأصحاب عدم التعدد في مورد الاجارة ، و أن ذلك إنما ذكر على جهة الشرطية التي لا يقتضى التعدد ، وإلا لما صحّ لهم الحكم بالصحة مستنديين فيها إلى عموم ^(١) «المؤمنون» و نحوه .

نعم قد يدفع النظر المزبور بمنع اقتضاء تعيين زمان الايصال في الفرض المزبور على جهة الشرطية ، عدم الأجرة على مطلق النقل لو لم يوصله فيه ، ولذا خالف أبو جعفر عليه السلام ما ذكره القاضي بقوله « ليس له كرى » في صحيح ابن مسلم على ما رواه عنه في الكافي ، و إنما يسلم ذلك فيما لو كان الزمان مشخصاً للعمل المستأجر عليه على وجه يكون كصوم أول يوم رجب مثلاً .

أما في الفرض الذي قد استوجر فيه على النقل إلى ذلك المكان ، إلا أنه اشترط عليه الوصول في زمان معين فلا ، و إنما المتجه فيه اجراء حكم غيره من الشرايط إذا لم يف بها من اشترط عليه ، من التسلط على الفسخ ، و الرجوع إلى أجرة المثل ، أو الالتزام بالمسمى كما أن المتجه التقييد فيما لو استأجره على النقل إلى مكان معين فحمله إلى نصف الطريق ولم يوصله ، كما هو واضح والله هو العالم .

❦ و إذا قال : آجرتك كل شهر بكذا ، صح في شهر ، و له في الزايد أجرة المثل إن سكن ❦ كما في المقنعة و النهاية مصرحاً في أوّلها بما إذا لم يعين ابتداء المدة ولا آخرها ، فضلاً عما يعين فيه ذلك ، و لعله مقتضى إطلاق المتن و غيره ،

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب المهور الحديث ٤ .

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَنْزَلَ عَلَى إِرَادَةِ الْإِطْلَاقِ الْمَنْزِلَ عَلَى الْإِصْطِلَاقِ بِزَمَانِ الْعَقْدِ .
 ﴿ وَقِيلَ : ﴾ و القائل جماعة بل لعله المشهور بين المتأخرين ﴿ تبطل ﴾ مطلقاً
 حتى لو صرح بالإِصْطِلَاقِ فضلاً عن الإِطْلَاقِ ، ﴿ لتجهل الأجرة ﴾ بتجهل المنفعة
 المستحقة ، فيبطل العقد بالنسبة إلى جميع موارده من غير فرق بين الشهر وغيره .
 ﴿ و الأول أشبه ﴾ عند المصنف و أصول المذهب و قواعده التي منها « او فوا
 بالعقود » ^(١) و اطلاقات الاجارة و صدق المعلومية عرفاً بالنسبة إلى الشهر ، و فحوى
 صحيح أبي حمزة و غير ذلك ، ولكن مع ذلك فالثاني هو الأقوى ، ولو مع فرض اتصال
 الشهر ، للجهالة المزبورة التي ينقطع بها الإِطْلَاقُ المزبور و نحوه .

و دعوى - كون المراد من ذلك عرفاً هذا الشهر بدرهم ، و كل شهر تسكنه
 كذلك ، فلا جهالة فيه حينئذ بالنسبة إلى الشهر يدفعها - بعد التسليم تنزيل مثل
 هذا الإِطْلَاقِ عَلَى الْإِصْطِلَاقِ الْمُقْتَضَى لذلك - أن أدلة الجهالة تقضى بفساد العقد
 بمجرد الجهالة في موارده ، ولو في الجملة ، وليست هي كضم غير المملوك إلى المملوك
 يصح في أحدهما و يبطل في الآخر ، كما أوضحناه في محله ، و صحيح أبي حمزة -
 مع أنه في الشرط الذي يمكن دعوى الإِغْتِفَارِ فيه مالا يغتفر في العقد - محتمل لإِرادَةِ
 اشتراط مقدار الترامة لو تعدى و تجاوز ، لما هو متعارف في التأكيد على عدم التجاوز
 عن المكان المعين ، لا أنه إجارة على هذا التقدير .

و أوضح من ذلك فساداً ما في الفنية من دعوى صحة العقد في غير الشهر أيضاً ،
 نحو ما عن الشيخ و ابن الجنيّد ، لكن قال فيها « يستحق الأجرة للزمان المذكور ،
 بالدخول فيه ، و يجوز الفسخ بخروجه مالم يدخل في الثاني ، إنه مع ما فيه مشتمل
 على الإِيهَامِ باعتبار عدم علم منتهى المدة ، و شبه التعليق باعتبار عدم علم السكّني
 و غير ذلك .

هذا كله فيما ذكره من فرض الإِجَارَةِ ، أما لو فرض بوجه يكون كالجهالة
 بأن يقول الساكن مثلاً « جعلت لك على كل شهر أسكنه درهما » لم يبعد الصحة ،

لعدم اعتبار العلم فيها أزيد من ذلك ، كما أنه لم يبعد الصحة لو جعل من قبيل
الاباحات بأعواض معلومة ، تلزم بالتلف كما في نظائر ذلك من الأعيان والمنافع
والله اعلم .

﴿ تفريعان ﴾

﴿ الأول : لو قال : ان خطته فارسيّاً ﴾ أي بدرز ﴿ فلك درهم ، و ان
خطته روميّاً ﴾ أي بدرزين ﴿ فلك درهمان صح ﴾ جمالة لاطلاق أدلتها المقتضي
لاعتقار مثل هذه الجهالة و الأبهام فيها ، خلافاً للفاضل في المختلف ، فأبطلها لتطرق
الجهالة في الجعل ، فيجب أجرة المثل و فيه منع ، كما تعرفه في محله انشاء الله .

نعم الظاهر البطالان اجارة كما اختاره جماعة منهم ابن ادريس على ما حكى
عنه ، للابهام المنافي للملكية في المعاوضات ، و خبر الحلبي قد عرفت أنه لا يدل على
مثل ذلك ، لكن في التهمة و محكي المبسوط و غيرها الصحة في ذلك و في الفرع :
﴿ الثاني ﴾ أيضاً ، و هو ما ﴿ لو قال : ان عملت هذا العمل في اليوم فلك
درهمان ، و في غد درهم ﴾ و ان قال المصنف هنا ﴿ فيه تردد ﴾ ولكن ﴿ أظهره ﴾

عنده و عندهم ﴿ الجواز ﴾ لصدق المعلوماتية و الآية ^(١) موسى عليه السلام و خبر الحلبي ^(٢)
و صحيح أبي حنزة ^(٣) المتقدمين سابقاً ، و فيه منع صدقها على وجه ترتفع الأبهام
المنافي لملكية المعاوضة ، و آية موسى عليه السلام ظاهرة في كون الثاني احساناً لا اجارة ،
كما يقضي به « فمن عندك » ولا ينافيه قوله « أيما الأجلين » ولو بقرينة ذكره
ذلك في الاجارة ، بعد ارادة الأجل الإجاري و الوعدي ، و خبر الحلبي و الصحيح
المتقدم قد عرفت عدم دلالتها على جواز مثل هذا الأبهام .

وما عساه يظهر من المصنف هنا - كالحكي عن المبسوط و التحرير والكفاية

(١) سورة القصص الآية ٢٨ .

(٢) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث ١ .

(٣) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث ١ .

من الفرق في الجملة بين المثالين - في غير محله ، ضرورة اشتراكهما معاً في الإيهام المزبور ، ودعوى أقرية الثاني الى المنصوص من الأول كما ترى ، كما أنه لا فرق على الظاهر بين قول « آجرتك كل شهر بدرهم » وقول آجرتك شهراً بدرهم فإن زاد فيحسابه .

خلافاً للفاضل في القواعد فحكم بالبطالان في الأول ، و الرجوع الى أجرة المثل ، والصحة في الشهر في الأخير ، والبطالان في الزايد .

و فيه : أنه مناف لقاعدة اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد ، كما أوضحناه في كتاب البيع ، فمعلومية الشهر والدرهم لا تجدي في الصحة حيثنذ ، فضلاً عما لو لم يكن الشهر معلوماً ، لعدم ارادة المتصل منه كما هو واضح ، وكأن الوجه - للقول بالصحة في نحو هذه الأمثلة مع معلومية منافاة ما فيها من التعليق والجهالة - اللاحق بما في موثق الحلبي وصحيح أبي حمزة وغيرهما ، سواء كان موافقاً للمضوابط أولاً .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه من عدم الإطباق أولاً ، وعدم جواز القياس عندنا ثانياً ، بناء على كونه مخالفاً للقواعد التي تجب الإقتصار على ما يخالفها بالخصوص كما هو واضح .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿يستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه﴾ كالثوب يخطئه في بيته ﴿ام ملك المستأجر ، ومنهم من فرق﴾ بين الحالين وهو الشيخ في المبسوط قال فيما حكى عنه في أثناء كلام له في مسألة التلف : « ان كان العمل في ملك الصانع لا يستحق الأجرة حتى يسلم ، و ان كان في ملك المستأجر استحق الأجرة بنفس العمل ، و لعله لأنه في الثاني يسلم بخلاف الأول ، قيل : وفيه منع صدق التسليم عليه قبل أن يصير في يد المستأجر وستعرف ما فيه .

و على كل حال فالظاهر ارادته الفرق بذلك من حيث التسليم ، لا الملك الذي لاخلاف ظاهرأ بحصوله بالعقد ، بل عن بعضهم دعوى الاجماع عليه ، بل يمكن تحصيله ، مضافاً الى أنه مقتضى العقد ، والأصل عدم اشتراطه بأمر آخر من التسليم وغيره ،

انما الكلام في استحقاق التسليم على أحدهما أو لا وعدمه ، وقد تقدم في كتاب البيع تحقيق الحال في ذلك . وأنه يجب على كل منهما التسليم للامر بالوفاء وغيره ، فإذا تعاسرا أجبرا معاً على التقابض .

أما لو بذل أحدهما و امتنع الآخر ولم يمكن جبره كان للبازل الجبس حتى يدفع اليه العوض ، قضاءً لحق المعاوضة التي بني العقد عليها ، كما اشبعنا الكلام فيه سابقاً ، ولا فرق بينه وبين المقام الذي هو أحد المعاوضات .

نعم قديشکل الحال في خصوص الاجارة على الأعمال منه ، باعتبار عدم تصور التقابض فيه ، لكون العمل تدريجياً ، والظاهر الإجماع على عدم استحقاق الأجير تسلم الأجرة قبل العمل مالم يشترط ، أو تكون عادة على وجه تقوم مقام الإشتراط ، بل عن بعضهم دعواه عليه ، فضلاً عن نفي الخلاف من آخر ، لما فيه من منافاة مقتضى المعاوضة ، والضّرر على المستأجر ، وغير ذلك مما يعلم منه انتفاء احتمال وجوب ذلك ، تمسكاً بمقتضى الملكية التي فرض حصولها بالعقد .

وبأنه مقتضى الأمر بالوفاء ، الظاهر في أن كل شيء بحسب حاله بالنسبة الى ذلك ، ضرورة أنك قد عرفت تحكيم مقتضى المعاوضة ، وبناءها على مقتضى الملكية المزبورة ، والأمر بالوفاء إنما هو بكل عقد على حسب مقتضاه ، وقد فرض اقتضاؤه ما عرفت .

ولعله للإجماع المزبور ، ونحوه يفرق بين المقام وبين البيع لو كان الثمن عملاً ، الذي قد سلف منا هناك وجوب تسلم المبيع على البائع قبل العمل على تأمل فيه ، فلاحظ و تدبر .

كما أنه لا خلاف ولا اشكال في استحقاق تسلمها بعد العمل الذي يحصل تسلمه باكمالها ، كالصوم والصلوة والحج والزّيارة ونحوها ، بل الإجماع بقسميه عليه ، فضلاً عن النصوص والتي منها الصحيح ^(١) « لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته » بل

(١) الوسائل الباب ٣- من ابواب احكام الاجارة الحديث ١- ٢ .

الظاهر أن منه الاعمال التي تكون في ملك المستأجر، أي فيما في يده كاصلاح جداره في داره ونحوه مما هو في يد المستأجر، وتحت سلطانه، وان استأجر أجيراً على العمل فيه، ولعل هذا هو مراد الشيخ فيما سمعت منه سابقاً، كما يشهد له التقييد بحضور المالك فيما حكاه عنه في التنقيح. ومحكي التحرير.

بل وكذا لا اشكال ولا خلاف في استحقاق تسليمها بعد تسليم مافيه أثر العمل من الثوب الذي استوجر على خياطته، ونحوه، مما هو تحت يد الأجير وسلطنته، انما البحث في وجوب تسليمها في نحو الأجير، بمجرد اكمال العمل، والفراغ منه وعدمه، ظاهر المصنف بل صريحه الأول، خصوصاً مع قوله بعد ما سمعت. ولا يتوقف تسليم أحدهما على الآخر * بل لعله ظاهر غيره أيضاً ممن أطلق استحقاق الأجير أجرته باكمال العمل، ضرورة صدقه في الفرض، لاطلاق الأمر بالوفاء، وقاعدة التساط، واطلاق «لايجف عرقه» وبناء المعاوضة على ذلك. لأن المراد من الاجارة فعل الخياطة الذي يتسبب منه حصول صفة المخططة في الثوب، وقد حصل ماعاً، وليس في يد الأجير الا الثوب الذي هو للمستأجر مع صفته، ولا شيء منهما مورد عقد الاجارة حتى يجري عليه حكم المعاوضة اذ موردها انما هو العمل الذي تؤكد منه الصفة المزبورة، وذاك تسليمه ايقاعه، لأن تسليم كل شيء بحسب حاله.

ودعوى - أن مورد الاجارة الصفة المزبورة، والفعل انما هو مقدمة لها، فهي حينئذ العوض، فلا يجب تسليم الاجرة حينئذ إلا بتسليمها، دما هو الشأن في البيع وغيره من المعاوضات - يدفعها معلومية كون مورد الاجارة الأعمال، وإنما العقد الموضوع لملك ذلك، والصفة انما يملكها صاحب الثوب تبعاً للموصوف، لا أنه يملكها بعقد الاجارة، وعلى هذا فالمتجه فيما لو ألتف الصانع العين بعد تمام العمل تضمينه إيّاه معمولاً مع دفع الاجرة، لا التخيير بين ذلك، وبين تضمينه إيّاه غير معمول مع عدم دفع الاجرة، كما جزم به في القواعد، ومحكي التذكرة والتحرير وجاء مع المقاصد، وجعل السر في الأخير أن أجر العمل لا يستقر إلا بعد تسليمه

والفرض أنه لم يتسلمه ، فلا تستقر عليه أجره ، ولأنه ملكه على تلك الصفة ، فملك المطالبة بعوضه كذلك ، فوجبت عليه أجره العمل ، وهو المسمى ، ولا خصوص تضمينه إتياء غير معمول كما عن المبسوط ، لكون الصفة التي هي عمل الأجير بمنزلة المبيع وقد تلفت قبل قبضها ، فتذهب من ماله كالمبيع ، فيضمن الثوب غير معمول ، ولا تضمينه إتياء معمولاً بدون دفع أجره ، لأنه ملكه على تلك الصفة ، وسقوط حق الأجير منها باعتبار عدم تسليمها لا يقتضى سقوط حق المالك ، إذ ذلك كله مبني على ما عرفت فساد ، بل المتجه عليه عدم سقوط الأجرة ، أيضاً فيما لو تلفت العين بعد إكمال العمل من غير تفريط ، وإن كان في ملك الأجير لما عرفت .

لكن في القواعد لم يستحق الأجرة على إشكال ، بل المتجه أيضاً ضمائه للمعين لو حبسها على تسليم الاجرة ، لعدم جواز الحبس له ، إذ المعاوضة قد تمت باتمام العمل ، فهو غاصب حينئذٍ ، وبذلك جزم في القواعد ، ولكنه مناف لما سمعته منها وغيره .

قال فيها : « ولا يبرء الأجير من العمل حتى يسلم المعين كالخياط إن كان العمل في ملكه ، ولا يستحق الأجرة حتى يسلمه مفروغاً ، فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل ، لم يستحق أجره على إشكال ، ولو كان في ملك المستأجر يبرء بالعمل واستحق الأجرة ، ولو حبس الصانع العين حتى يستوفى الاجرة ضمنها » ، ولقوله في المقام وإن وقعت على عمل ، ملك العامل الأجرة بالعقد ، لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل .

وهل يشترط تسليمه الأقرب ذلك وقد نجش المحقق الثاني في جمع هذه الكلمات بما لا يرجع إلى أمر يعتمد عليه ، إذ هو كله مبني على ذلك الأصل الذي قد عرفت الحال فيه ، واحتمال بناء الضمان بالحبس المزبور على عدم جوازه عنده أيضاً ، مناف لما ذكره هو وغيره من بناء اشتراط استحقاق الأجرة على التسليم ، على أنه كباقي المعاوضات التي من أحكامها جواز الحبس بالحبس .

كما ان احتمال - بنائه على أن الثوب نفسه ليس من مورد المعاوضة ، وإنما

يجبس مقدمة لحبس الصفة ، فينبغي ضمائه جمعاً بين الحقين ، ولا منافاة حينئذ بين الجواز والضمان .

— يدفعه أو لا : أنه ينبغي تخصيص الضمان بالثوب وهو غير معمول ، ضرورة كون حبس الصفة بحق حينئذ ، فلا تضمن لو تلفت .

وثانياً : منع الضمان أيضاً للمحبوس مقدمة للحق ، فإن حبسه حينئذ بحق أيضاً ، باعتبار توقف حبس الحق عليه ، بل الحق فيه ، بل الحبس المفهوم من مقضى المعاوضة لا فرق فيه بين الأمرين كما هو واضح بأدنى تأمل .

ومن هنا قال الشهيد في المحكي عن حواشيه على القواعد في المقام « إن قول المصنف « الأقرب ذلك » مبني على أن الصفة تلحق بالأعيان ، وقد تقدم ذكره في الفلس ، بناءً على أن المنافع تعدّ أموالاً ، ولهذا يصح جعلها عوضاً ومعوّضاً ، كما أن المبيع يجبس حتى يتقابض ، ويسقط الثمن بتلفه قبل قبضه ، فكذلك المنفعة .

وتظهر الثمرة في جواز حبس الثوب في سقوط الأجرة بتلفه فعلى ماقر به المصنف له حبسه ، وإن أباه ظاهر كلامه ، ولو تلف سقطت الأجرة على قوله ، وهو صريح فيما قلناه .

وكأنه استفاد من قوله « الأقرب تسليمه » وجوب التسليم على العامل أولاً ، ولذا قال : إنه يأباه ظاهر كلامه .

لكن فيه أن المراد توقف استحقاقه المطالبة بالأجرة على وجه يجب على المستأجر بذلها على تسليم العمل ، وهذا لا يناقض أن له الحبس لو لم يبذل المستأجر الأجرة ، ومثله في البيع وباقي المعاوضات ، ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد بأنه لا حاجة إلى البناء الذي ذكره ، لأن المعاوضة على المنافع أمر متفق عليه ، ولا بد في العوضين من التقابض كالبيع .

وأما عدّ المنافع أموالاً فالذي يقتضى عدمه فيها ، هو أنه لا وجود لها ، وإنما هو أمر موجود بالشأن والصلاحية ، ثم قوله إن ظاهر كلام المصنف يابى

ذلك غير جيد ، لأن قوله « الأقرب تسليمه » صريح في ذلك ، وليس مقابل الأقرب بمناف له ، لأن غرضه الرد على الشيخ ، فمقابل الأقرب قول الشيخ ، فما ذكره غير واضح .

قلت : الظاهر أن مبنى الصراحة التي ادّعاها هو ما ذكرنا ، لكن قد يرد عليه أنه لا بد من البناء المزبور ، إذ الاتفاق على المعاوضة على المنافع غير كاف ، ضرورة عدم تصوّر التسليم فيها بغير الإكمال ، بناءً على أنها نفس الأعمال ، وإنّما يتصور التسليم في الصفات التي تتولد من الأفعال في الأعيان ، بتسليم العين الموصوفة . نعم يرد على ذلك ما سمعته سابقاً من كون التحقيق أن المملوك بالاجارة والذي قوبل بالمال الأعمال التي يتولد منها الصفات ، لا الصفات والأعمال مقدمة من العامل إلى تحصيلها ، حتى تكون هي العوض والمعوّض ، فيجرى عليها حكم التقابض والحبس .

ومن الغريب أن المحقق الثاني أنكر البناء المزبور عليه ، وقرّره هو في تلف العين من العامل بعد العمل من غير تفريط بالنسبة إلى استحقاق الأجرة وعدمها ، فإنه قال أولاً في وجه إشكال الفاضل في ذلك أنه ينشأ من أن الاجارة معاوضة ، وحقّ المعاوضة حصول العوضين معاً للمتعاوضين ، لتحقيق كون كل منهما في مقابلة الآخر وقد انتفى ذلك في أحدهما فانتفت المقابلة ، فوجب الإفساخ لتعذر مقتضى العقد ، ومن أن المستأجر عليه وهو العمل قد حصل ، فوجبت الأجرة بفعله ، فإذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك .

ويضعف بأن المستأجر عليه وإن كان العمل ، لكنّه قوبل بالأجرة على طريق المعاوضة ، فما دام لا يتحقق بتسليمه لم يتحقق معنى المعاوضة .

ثم قال ثانياً : « وربما بنى ذلك على أن القسارة عين أو أثر ، فإن قلنا أنّها عين سقطت أجرته ، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض ، وإن قلنا هي أثر لم تسقط الأجرة ، وتنقيحه أن القسارة إن كانت كالأموال في أنّها تعدّ مالا فالحكم

الأول ، وإن كانت لا تعدّ مالاً وإتّما هي صفة فالحكم الثاني ، وقد سبق في الناس أن المنافع تعدّ أموالاً ، ويشهد له أنّها تقابل بالمال ، ويعتبر في صحة المعاملة وجريان المعاوضة عليها كونها منقوّمة في نفسها ، ولا معنى لماليتها إلا هذا .

قلت : هو بعينه ما ذكره الشهيد هنا ، لكن قد يقال : إنّه لا مدخلية لذلك فيما نحن فيه ، إذ الكلام في أنّ المقابل بالأجرة والمملوك بعقد الإجارة العمل الذي ينعهد شيئاً فشيئاً ، أو الصفة التي تتولد منه ، فإن كان الأوّل فليس تسليمه إلاّ إيقاعه ، وإن كان الثاني فتسليمه كتسليم المبيع ، ويجري عليه حكمه من الحبس وغيره مما يجري في سائر المعاوضات .

كما أنّه قد يناقش فيما ذكره أوّلاً بأنّه لا ريب في أنّ انفساخ العقد بالتلف من غير تفريط منافع لقاعدة اللزوم وغيرها ، وإتّما ثبت ذلك بقوله ^(١) « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه » لا أنّه استفيد من قاعدة المعاوضة ، وإلّا لنعدي ذلك للصالح ونحوه ، ولطلق التلف ولو من اجنبي ، وغير ذلك مما هو معلوم عدمه . والتقابض في المعاوضة إتّما هو مع امكانه بوجود العين ، أمّا مع تلفها فلا ، والفرس أنّها أمانة في يده ، على أنّه لو سلّم اقتضاؤها ذلك حتى في صورة التلف كان المتبجّد ضمانه عليه ، إلى أن يسلمه ، فيغرم المثل أو القيمة حينئذٍ مع التلف ، ولو بغير تفريط ، لا انفساخ العقد ، فلا ريب في أنّ منشأ ذلك الدليل الخاص الذي هو غير شامل للمقام قطعاً ، ولا إجماع على المساواة ، فالقاعدة تقتضي حينئذٍ عدم سقوط الأجرة ، للأصل وغيره كما هو واضح .

هذا كلّ بعد العمل أما قبل العمل فقد عرفت الإجماع على عدم استحقاق العامل الأجرة على وجه يجب على المستأجر بذلها له ، وتسليمه إيّاها مع عدم الشرط والعادة ، مضافاً إلى الضرر عليه بتعجيل الأجرة على العمل الذي لم يعلم حصوله .

(١) قاعدة مستفاده من الروايات الوسائل الباب ١٠ - من أبواب الخيار والباب ١٩

من عقد البيع وغيرها .

لكن هل يجب على العامل العمل حينئذٍ ثم يطالب بالأجرة بعده ، أو أن له الامتناع أيضاً ، لاحتمال الضرر عليه بحصول العمل منه ، وعدم تسلم الأجرة ، الظاهر الثاني ، ولكن لما لم يمكن التقاض هنا لم يتجه جبر الحاكم لهما عليه جميعاً بين الحقيين كما في العيين فيتعين جمعه بينهما بتسلم الأجرة من صاحبها ووضعها في يده أو في يد ثالث حتى يعمل العامل .

وربما كان في خبر الفنوي ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام إشارة إليه في الجملة « قال سألته عن رجل استأجر أجيراً ولم يأمن أحدهما صاحبه ، ودفع الأجر على يدي رجل وهلك ذلك الرجل ولم يدع وفاء واستهلك ذلك الأجر ؟ فقال عليه السلام : المستأجر ضامن لأجر الأجير حتى يقضي ، إلا أن يكون الأجير دعاء إلى ذلك ، فرضي به ، فإن فعل فحقه حيث وضعه ورضي به » باعتبار عدم تعرضه عليه السلام لعدم جواز امتناع الأجير عن العمل ، إذا لم يبذل المستأجر الأجرة ، ولو على يد ثالث .

على أن ذلك مقتضى المعاوضة ، إذ كما أن احتمال الضرر على المستأجر بتعجيل الأجرة لاحتمال عدم حصول العمل ، فكذلك يحتمل أيضاً بتعجيل العامل العمل قبل قبض الأجرة ، لاحتمال عدم حصولها .

ودعوى أن بناء المعاوضة على العمل على ذلك - يدفعها وضوح منمها ، بل ليس ذلك أولى من العكس ، ضرورة أن الأجرة قد استحققت بالعقد ، وملئها الأجير به ، ويمكن تسليمها له دفعة ، والعمل تدريجياً لا يمكن حصوله إلا بعد زمان ، كما أن دعوى الإجماع على خروج ذلك عن حكم المعاوضات - فيجب على العامل أن يعمل ، ثم بعد ذلك يطالب بالأجرة ، وهو معنى قولهم أن الأجير يستحق الأجرة بعد العمل - واضحة المنع ، إذ ليس في كلام الأصحاب ما يقتضي اخراج الفرض عن حكم المعاوضة بالنسبة إلى ذلك .

(١) الوسائل الباب - ٦ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

بل في جامع المقاصد والتنقيح والمسالك والرياض وغيرها ما ينافيه ، وأن حكمه حكم باقي المعاوضات ، وعليه فرعوا جواز الحبس وغيره ، وليس ذكرهم للعبادة المزبورة إلا كذلك بالنسبة للعين ، فإيهم قالوا أيضاً لا يستحق مؤجرها الأجرة إلا بتسليمها للمستأجر ، وغرضهم من ذلك عدم استحقاق الأجرة قبل العمل الذي لا يتصور فيه التقابض على نحو العينين ، وبيان الاستحقاق بالتسليم كما في كل معاوضة ، فإنه يجب بذل العوض بعد تسلم المقابل بلا خلاف ولا إشكال .

ومن هنالم يفرقوا بين العمل والعين بالنسبة إلى ذلك ، كما في الرياض ناسباً له إليهم ، ولا ريب في بقاء حكم المعاوضة بالنسبة إلى الأول ، فكذلك بالنسبة إلى الثاني ولم يشر أحد إلى خروج الأعمال عن قاعدة المعاوضات بوجوب تسليم العامل عمله أولاً ، ثم يطالب بالأجرة ، ومن تأمل كلامهم ولم يكتف بالمنساق في بادي النظر ، علم صحة ما قلناه ، خصوصاً مع عدم الدليل عليه أيضاً .

وقوله **تَبَيَّنَ** « لا يَجِفُّ عِرْقُهُ حَتَّى تَعْطِيَهُ أَجْرَتَهُ » إنما يدل على المبادرة في تسليم الأجرة للعامل ، إذا عمل أولاً ، لا على وجوب ذلك عليه مطلقاً ، ثم لافرق في جميع ما ذكرناه بين الحج وغيره من الأعمال ، إلا إذا كانت هناك عادة أو شرط يقتضي تقديم العمل أو الأجرة ، فمأعن بعضهم من الإفساخ أو أن له الفسخ في خصوص الحج إذا لم يجعل المستأجر الأجرة في غير محله .

نعم في الروضة أنه لو فرض توقف الفعل على الأجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم تسلط الأجير على الفسخ ، وهو غير خاص بالحج ، ومرجه إلى عدم القدرة على تسليم العمل حينئذ ، وتعرف انشاء الله فيما يأتي الحال فيه .

بقي الكلام في استحقاق بعض الأجرة ببعض العمل لم يحضر في الآن كلام محرر في ذلك نعم قد سلف منّا في البيع عدم وجوب التقابض على النسبة ، لأنه خلاف مقتضى العقد ، ولعله غير مانع فيه من وقوع العمل من العامل على وجه لا ربط له بما بقي ، كصلاة بعض الفرائض ونحوها مما يستحق العامل به التقييط ، لو انفق عدم

حصول التمام .

ولا ينافي ذلك قولهم لا يستحق الأجرة إلا بعد العمل ، المراد به تمامها لا بعضها الذي هو قسط ما وقع من العامل ، اللهم إلا أن يدعى أن ذلك مقتضى المعاوضة ، وفيه تأمل بل منع ، لأن الأصل عدم جواز حبس المال على صاحبه المقتصر في خلافه على غير محل الفرض .

كما أنه بقي الكلام أيضاً في كيفية الجمع بين الحقين لو كان الأجرة على العمل عملاً أيضاً ، ولم يأمن أحدهما الآخر ، والمتجه فيه أنه مع إمكانه بالكفيل ونحوه يجب ، وإلا فالقرعة للترجيح ، كما في غيره مما تراحم فيه الحق .

و كذا بقي الكلام في وجوب دفع الأجرة لو كان العمل المستأجر عليه مؤجلاً مع عدم التعرض لتعجيلها ، فإنه قد يقال بالوجوب حينئذ ، كما في البيع ، ولعدم الحلول الذي يوجب المطالبة للمستأجر ، ولكن فيه أنه منافي لمادل على عدم وجوب تعجيل الأجرة قبل العمل ، والأجل إنما أفاد زيادة التأخير فيه ، فلا يغير الحكم الثابت في حال عدم الاشتراط ؛ وبذلك يفرق بينه وبين البيع .

نعم لو كانت الأجرة مؤجلة بأجل انقضى قبل تمام العمل أو قبل حصوله ، أمكن القول بوجوب دفعها بناء على ظهور الأجل المزبور في رفع اليد عما تقتضيه المعاوضة فتأمل جيداً والله هو العالم .

❖ وكل موضع يبطل فيه عقد الاجارة يجب فيه أجرة المثل مع استيفاء المنفعة أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه ❖ بلا خلاف أجده فيه في شيء من ذلك بل قد ينظر من ارسالهم ذلك إرسال المسلمات أنه من القطعيات .

مضافاً إلى مثل ذلك بالنسبة إلى قاعدة « ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده » الشاملة للمقام ، وإلى قاعدة « احترام مال المسلم وعمله » وقاعدة « من أئلف » و^(١)

« على اليد » و^(١) « لا ضرر » و^(٢) « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » ونحو ذلك مما يقضي بذلك ضرورة أنه مع بطلان العقد يبقى كل من العوضين على ملك صاحبه، فيجب على كل منهما رده بعينه إذا كان موجوداً، وإن كان تالفاً بقيمته أو مثله، لفساد الالتزام بالمسعى بفساد العقد الذي قد وقع فيه، ومنه أجره المثل في المقام، فإنها هي قيمة المنفعة المستوفاة.

ومن ذلك كله ظهر لك الوجه في الحكم المزبور. نعم قيده الشهيد في المحكي من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجرة في العقد، أو عدم ذكرها فيه. لدخول العامل على ذلك، واستحسنه في المسالك، وكان وجهه أنه متبرع بالمال والعمل مجتئناً، قادم على ذلك، فهو أشبه شيء حينئذ بالعقد الفاسد المجاني، كالهبة والعارية ونحوهما^(٣) « مما لا يضمن بفسادهما، فلا يضمن بصحيحهما ».

بل قد يقال بشمول هذه القاعدة للفرص، بناء على إرادة أشخاص العقود منها لأصنافها، ولا ريب في عدم الضمان في المقام لو فرض صحة العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد، للقاعدة المزبورة التي عرفت أن الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان في التقديرين، كما أنك قد عرفت تقريره حينئذ هنا.

لكن مع ذلك كله في جامع المقاصد بعد أن حكاه أنه صحيح في العمل « أمّا مثل سكنى الدار التي يستوفيهما المستأجر بنفسه فإن اشتراط عدم العوض إنما كان في العقد الفاسد الذي لا أثر لما تضمنه من التراخي، فحقه وجوب أجره المثل، ومثله ما لو باعه على أن لا يضمن له، وأمّا لو كان مورد الإجارة منفعة الأجير، فيعمل بنفسه مع فسادهما فوجه عدم استحقاقه شيئاً ظاهر، لانه متبرع بالعمل، وهو المباشر لا تلاف المنفعة ».

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٢ - ٥.

(٢) سورة النساء الآية ٢٩.

(٣) هكذا في النسخ والظاهر « مما لا يضمن بصحيحهما فلا يضمن بفسادهما ».

ودفعه في المسالك بما حاصله من أنه يرجع في مثل سكنى الدار الى العارية ، وإن عبّر عنها بلفظ الاجارة ، لأن التصريح بعدم الأجرة أقوى من الظهور المستفاد من لفظ الاجارة ، والنص "مقدم على الظاهر" ، فيحكم بأنه عارية ، إذ هي لا تنحصر في لفظ ، بل يكفي فيها كل "مادل" على التبرّع بالمنفعة ، مضافاً إلى اعتضاد ذلك بأصل البراءة .

بل فيها الاعتراض على ما ذكره أخيراً بأنه قد لا يكون متبرّعاً ، كما لو امره المستأجر ، فإن مقتضى الفساد عدم تأثير ما وقع من اللفظ ، وحينئذٍ فلا يتحقق التبرّع إلا مع عمل الأجير من غير سؤال ، وإلا فينبغي مع عدم ذكر الأجرة ثبوت أجرة المثل كما هو شأن الأمر لغيره بعمل من غير عقد ، ثم قال : فإن قلت : أي فائدة في تسمية هذا عقداً فاسداً مع ثبوت هذه الأحكام ، وإقامته مقام العارية ، قلت : فساده بالنسبة إلى الاجارة بمعنى عدم ترتب أحكامها اللازمة لصحيح عقدها ، كوجوب العمل على الأجير ونحوه ، لا مطلق الأثر .

قلت : هذا كما يرد عليه يرد على الشهيد أيضاً الذي قد استحسن كلامه أولاً فإن مدركه ذلك ، بل هو أولى به منه ، لظهور كلام الكركي في اشتراط عدم الأجرة فوجود الأمر حينئذٍ وعدمه على حد سواء ، لا فيما إذا لم يذكر أجرة ، بخلاف كلام الشهيد ، مع أنه يمكن دفعه عنه أيضاً أولاً بأن محل كلامه العمل من حيث العقد ، ففرض الأمر خروج عن البحث ، وثانياً بأن الأمر بالعمل من حيث العقد لا يجدى ، إذ هو حينئذٍ من توابع العقد الفاسد الذي فرض عدم الأجرة لواقع الفعل به عنوان أنه مقتضاء .

بل قد يناقش في دفعه الأول - مع أنه لا يتم فيما إذا لم يذكر الأجرة - بأن محل البحث ما علم قصد الاجارة منه ، ولوللجهل بأن العوض من مقوماتها ، اوللايداع اولغير ذلك لا ما إذا ذكر ذلك ولم يعلم قصده ، مع أن تنزيله على العارية على هذا الفرض ليس بأولى من حمله على التجوز ، في استعمال لفظ الاجارة الموضوع لتمليك

المنفعة بعوض في تملكها بغير عوض ، ويكون عقداً فاسداً ، أو غير ذلك مما هو محتمل .
وأصل الصحة وإن نفى احتمال إرادة الفاسد ، لكن الصحيح غير منحصر في العارية ،
ومع فرضه وقلنا بالحمل عليها للأصل المزبور لا يحمل عليه كلام الشهيد ، ضرورة
إرادته الاستثناء من كلية الاصحاب المزبورة ، ولا يتم " إلا يجعله عقد إجارة فاسد ، لا
عارية ، كما هو واضح .

نسم ربما نوقش الشهيد والكر كي بأنه لا وجه لمساواة عدم ذكر الأجرة ذكر
الأجرة في الحكم المزبور ، ضرورة عدم دلالة ذلك على التبرع بالمنفعة ، إذ قد يكون
لنسيان أول جهل أو اعتقاد أنه مقرر ، أو أنه معلوم أنه مع الإطلاق ينصرف إلى العرف .
ومن هنا استجود في الرياض كلام الشهيد في الشق الأول مطلقاً ، دون الثاني
كذلك ، وهو جيد لو كان المراد بعدم الأجرة ذلك ، أو ما يشمله ، لا أن المراد به هو
المراد من ذكر عدم الأجرة ، إلا أن الفرق بينهما بالتصريح بذلك وعدمه ، إذ لا ريب
في ظهور آجرتك في إرادة العوض وإن لم يذكره بالخصوص ، فلا وجه لسقوطه لاقدام
كل منهما حينئذ عليه ، والأمر في ذلك سهل .

إنما الكلام في صحة أصل ما ذكره الشهيد ، مع أن إطلاق كلام الأصحاب
يقتضي خلافه في المقام ، وفي البيع وغيرهما ، ضرورة اتحاد البحث هنا ، مع قول بعتك
بالأمن أيضاً أو بعتك بلا ذكر ثمن ، بل كلامهم صريح في ثبوت أجرة المثل في المسألة
السابقة المشترط فيها عدم الأجرة ، إذالم يصل في الزمن المعين .

ولعل الوجه فيه - بعد ذكر فرض شمول كلام الأصحاب لمثله لأنه خارج عنه
باعتبار دخول العوض في مفهوم البيع والإجارة ، ومع اتفائه لا يكون بيعاً ولا إجارةً
كي يندرج في كلية المقام ويجوها المبنية على صدق الإجارة ، إلا أنها باطلة ، إذ قد
يقال - بعد تسليم عدم صدق اسم الإجارة : - إن المدار في كلامهم على العقد الفاسد
المراد به إجارة مثلاً ، ولو من حيث تملك المنفعة خاصة ، إما للجهل بموضوع
الإجارة ، أو تشريماً أو ايداعاً أو نحو ذلك ، أن كل مدفوع بعنوان مقتضى العقد

الفاقد وأثمة من آثاره ومما يترتب عليه على حسب الدفع بالعقد الصحيح لم يترتب عليه أثر .

ولا يعدّ من العمل التبرعي ودفع المال المجاني ، بل الظاهر أنّ أخذ المال بالعنوان المزبور من أكل المال بالباطل ، بل هو من أوضح أفراد ، ومناف لقاعدة «الضرار ، واحترام مال المسلم ، ضرورة كون الدفع مع فرض أثمة بالعنوان المزبور كالمقيد بصحة العقد ، وأثمة من المؤثرات والمسببات لذلك ، مضافاً إلى نهي الشارع من تناول مثل المال المزبور ، لأثمة من الباطل ، فيكون اليد عادية عليه ، نحو المدفوع عوضاً من المحرمات .

وحينئذٍ فقاعدة الضمان بحالها ، مؤيدة بما عرفت من قاعدة الضرار ، والاحترام ، وعلى اليد ، ومن اعتدى ، والحرمان قصاص ، وغير ذلك ، على أنّ المجمع عليه من عدم ضمان المتبرع به هو ما كان من جهته خاصة ، لا بعنوان معاملة فاسدة مشتملة على إيجاب وقبول .

وإقدام القابل والموجب على المجانية لا ينافي ضمان المال ، كما لا ينافي إقدامهما على المسمى القليل ، ضمانه بالقيمة التي قد تكون أضعاف ذلك ، بعد فساد العقد الذي قد تضمنه ، بل لعلّ قيد بلا أجر في الفرض كالمسمى في غيره لا عبرة بهما ، بعد فساد العقد الذي قد وقع فيه .

ومن الغريب بعد ذلك كله دعوى صيرورة الفرض ونحوه كالهبة والعارية وكالمتبرع ونحو ذلك مما هو مناف لقواعد الشرع ، من أكل المال بالباطل وغيره ، وأغرب من ذلك دعوى كون المراد بالفساد إثمًا هو بالنسبة إلى الالتزام بالمسمى ونحوه ، لا مطلق ترتب الأثر الذي منه ما سمعت ، من العارية والهبة وأجرة المثل في مقام الالتزام بها ونحو ذلك ، ضرورة منافاة ذلك لمادّل من الكتاب والسنة والاجماع على حرمة أكل المال بالباطل ، لمقتضى عدم ترتب شيء من ذلك .

ودعوى - فرض كون الدافع قصد الهبة والعارية والتبرع بقصد مستقل غير ملاحظ فيه العقد المزبور - خروج عن محل البحث ، إذ الكلام في المدفوع بالعنوان

المذكور معاملة للفساد ، معاملة الصحيح ، ولاوجه للهبة و العارية ونحوهما في ذلك .
ومنه يعلم الحال في التقييد الثاني للقاعدة المزبورة ، كما عن الأردبيلي وتبعه
عليه غيره ، بما إذا كانا جاهلين بالفساد ، أمّا إذا كانا عالمين به أو أحدهما جاهلا و
الاخر عالما فلايتأتى فيه قاعدة أجرة المثل . و ضمان الأجرة . بل يكون المدفوع مع
علم الدافع هبة إن كان عينا ، فيرجع بها مع بقاء عينها ولم يكن الموهوب ذارحم ،
وعارية لو كان المدفوع منفعة عين ، وتبرعا إن كان عملا ، نعم لاشيء منها مع الجهل ،
ومن هنا يتجه الضمان له .

إذ لا يخفى عليك بعد ما سمعت أنه لا فرق بين الجهل والعلم في عدم الهبة وغيرها ،
بعد فرض كون الدفع بالعنوان المزبور ، وعليه يدل من النصوص ما تضمن « أن ثمن
الكلب حرام وسحت » وكذا الخمر والميتة وأجر المغنية والزانية ونحوها مما هو مدفوع
مع العلم بالفساد ، إلا أنه كان بعنوان المعاوضة الفاسدة الغير المشروعة ، كما هو واضح
بادنى تأمل والله العالم .

هذا كله في المنفعة والأجرة أمّا العين المستأجرة فعن مجمع البرهان أنه يفهم
من كلامهم الضمان مع الجهل به ، بل في الرياض والعين مضمونة في يد المستأجر
مطلقاً ، كما نسب إلى المفهوم من كلمات الأصحاب ، ولعله لعموم الخبر ^(١) بضمان
« ما أخذته اليد » .

وربما يستشكل فيه في صورة جهل بالفساد لإفاطة التكليف بالعلم ، وارتفاعه
مع الجهل ، وهو كما ترى ، فإن التلف في اليد من جملة الأسباب لا تختلف فيه
صورتنا العلم والجهل حين وجود السبب ، والتكليف بردّ البديل ليس حين الجهل ،
بل بعد العلم بالسبب .

نعم ربما يشكّل الحكم في هذه الصورة بل مطلقا لو كان الموجر عالما بالفساد ،
لكون ترتب اليد على العين حينئذ بائنا المالك ، فلا ينصرف الى هذه الصورة اطلاق

الخبر المتقدم ، مضافاً إلى ما عرفت من رجوع الاجارة في هذه الصورة إلى العارية ، والحكم فيها عدم ضمان المستعير كما تقدم ، وكذلك لو كان جاهلاً به لضمان المستأجر فيه ، ولو حصل الدفع فيد بالاذن أيضاً ، فإنه كعدمه لا يثنائه على توهم الصحة ، فيكون كالاذن المشروط بها ، فإذا ظهر الفساد لم يكن ثمة اذن بالمرّة ، ولعلّ مراد الأصحاب غير هذه الصورة .

قلت : لا يخفى عليك أن الذي عثرنا عليه من كلام الأصحاب في المقام صريح في عدم ضمان العين المستأجرة في العقد الفاسد ، كما صرّح به في القواعد وجامع المقاصد ، ومحكي التذكرة ، بل في مفتاح الكرامة عن الرياض والمجمع التصريح بذلك أيضاً في مقام آخر من الاجارة .

ولعله لقاعدة « ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » كما استدلّ به في التذكرة والجامع ، بل لم أجد من صرّح هنا بالضمان ، وإن كان قد يوجبّه على تقدير صحة النسبة إلى الأصحاب بما سمعت من عموم « على اليد » المعارض للقاعدة المزبورة من وجه ، ويرجح عليها بالنسبة المزبورة ، ودعوى العكس باعتضاها بقاعدة الأمانة ، يدفعها ما سمعته من الرياض أخيراً من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحة تكون الاذن كالمقيد به بذلك ، فمع الفساد ينكشف أن لا إذن ، فلا تكون أمانة .

ومن ذلك يعلم أنه لا وجه لفرقه بين العلم والجهل حينئذٍ ، إذا زعم لامتدخلية له في ذلك ، ضرورة قيام الدفع بالعنوان المزبور مقام الزعم المذكور ، على أنه قد يقال بعدم اندراج العين في قاعدة « ما لا يضمن » فلا تعارض على اليد حينئذٍ .

وذلك لأن المراد من الايجاب والسلب فيها ما كان مضموناً بسبب العقد ، وما لم يكن مضموناً كذلك على معنى أن الضمان وعدمه فيه مورد العقد كالمصلحة في الاجارة والعين في الهبة ، ولا ريب أن عدم الضمان في العين المستأجرة لامتدخلية للعقد فيه ، وإنما هو باعتبار كونها أمانة ، فيدور الضمان في الفاسدة حينئذٍ عليها ، لا من القاعدة المزبورة .

وكذلك العين في العارية ، فمع فرض عدم الأمانة لماسمعه من تقييد الإذن بالصحة المفروض انتفاؤها يتجه مائسباه إلى الاصحاب من الضمان حينئذٍ ، خصوصاً مع علم المستأجر بالفساد وخصوصاً إذا كان الفساد من جهة الفسب ونحوه ، لكن ومع ذلك فالانصاف أنه لا يخلو دعوى عدم الأمانة مطلقاً حتى في صورة الجهل منهما من بحث ونظر ، كما هو واضح والله العالم

﴿ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقطع على الأجرة﴾ **بلا خلاف** أجده على الظاهر في الجواز المستفاد منه . نعم عبر في النافع واللذمة وغيرهما بالاستحباب نحوما عن النهاية والسرائر من أنه ينبغي للإنسان أن لا يستعمل أحداً إلا بعد أن يقطعه على أجرته ، فإن لم يفعل ترك الاحتياط المبني على الظاهر على استحباب ترك المكروه ، وهو كذلك بناءً على إرادة الرجحان منه ، اذ لا ريب في رجحان امتثال خطاب الكراهة .

والأمر سهل بعد الحصار الدليل في خبر مسعدة بن صدقة ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام فمن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعمل أجيراً حتى يعلم ما أجره . وصحيح سليمان بن جعفر الجعفري ^(٢) «أن مولانا الرضا عليه السلام ضرب غلماناً وغضب غضباً شديداً حيث استعانوا برجل في عمل وما عينوا له أجرته فقال له سليمان : جعلت فداك لم تدخل علي نفسك فقال : اني قد نهيتهم عن مثل هذا غير مرة ، واعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئاً من غير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته ، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته ، حمدك على الوفاء ، فإن زدته حبة عرف ذلك لك ، ورأى أنك قد زدته ، المحمولين على الكراهة .

ومنها حينئذ مع السيرة وإطلاق الفتوى يستفاد جواز ذلك وإن لم يكن له أجرة معينة في العادة ، بل يجوز انكالا على أجرة المثل ، إلا أن ذلك قد ينافيه اشتراط المعلومية في الأجرة ، اللهم إلا أن ينزل على اختصاص ذلك بالعقد والمعاطة بناءً

على أنها يعتبر فيها ما يعتبر فيه إلا الصيغة ، لكونها إجارة أيضاً فيكون ذلك قسماً مستقلاً جائزاً برأسه نحو إباحات الأعيان والمنافع بالاعراض .
ولا بأس به ، للسيرة المستمرة ، واحتمال اختصاص النص والفتوى بذي الأجرة المعلومة ، كالحلاق والقصار ونحوهما ، فتكون الكراهة حينئذ بسبب عدم الذكر بالخصوص كما ترى ، بل لا يبعد عدم الكراهة في مثله لكونه كالمذكور حينئذ فلا يشمل التعليل في كلام الرضا عليه السلام هذا .

وربما استفيد من الصحيح المزبور جواز ضرب الغلام لعدم اجتناب المكروه ، وفيه أنه يمكن أن يكون للمخالفة للنهي الصادر منه لهم عن مثل ذلك غير مرة ، ولا ينافي كراهيته حرمة للنهي المزبور من حيث وجوب طاعة العبد للسيد في ترك المباح ، بل المستحب فضلاً عن المكروه ، والامر سهل .

﴿ د ﴾ كذا يكره ﴿ أن يضمن ﴾ الأجير ﴿ الامع التهمة ﴾ أي يفرم عوض ما يتلف في يده مما يضمنه ولو بغير تفريط إلا مع التهمة له في اخباره عن ذلك .
وفي الروضة « أي يفرمه عوض ما تلف بيده بناءً على ضمان الصانع ما يتلف بيده ، أومع قيام البينة على تفريطه ، أومع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه إن قضينا بالنكول إلا مع التهمة له بتقصيره على وجه يوجب الضمان » .
وفي جامع المقاصد في شرح قوله في القواعد « وأن يضمن مع انقضاء التهمة ، أولت أي العبارة بأمرين : (الأول) أن يشهد شاهدان بتفريطه ، فإليه يكره تضمينه إذا لم يكن متهما (الثاني) : لو نكل عن اليمين وقضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمة ، كذا قيل : »

والظاهر أنه أشار به إلى الشهيد في المحكى عن حواشيه ثم قال : « وينبغي أن يقال : إذا لم يقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردودة وهذا إذا قلنا بعدم التضمن إلا مع التفريط ، أمّا على ما ميزه كثير من الأصحاب من تضمينهم إلا مع ثبوت ما يقتضى عدم فظاهر ، لأثر الأجير إذا لم يكن متهما يكره تضمينه إذا لم تقم البينة بما يسقط الضمان ، وربما فسر ذلك بكراهة اشتراط الضمان ، وليس شيء

للفساد حينئذ .

وفي المسالك « فيه تفسيرات ، (الأول) أن يشهد شاهدان على تفريطه ، فإنه يكره تضمينه العين إذا لم يكن متهما ، (الثاني) لولم تقم عليه بينة وتوجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك (الثالث) : لو نكل عن اليمين المذكور وقضينا بالنكول كره تضمينه كذلك . (الرابع) : على تقدير ضمانه وإن لم يفرط كما إذا كان صائغاً على ماسياً أي يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير (الخامس) : أنه يكره أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط (السادس) لو أقام المستأجر شاهداً عليه بالتفريط كره له أن يحلف معه ليضمنه مع التهمة ، (السابع) لولم يقض بالنكول يكره له أن يحلفه ليضمنه كذلك .

والأربعة الأول سديدة ، والخامس مبني على صحة الشرط وقد بينا فساده وفساد العقد ، والأخيران فيهما أن المستأجر لا يمكنه الحلف لإامع العلم بالسبب الذي يوجب الضمان ، ومع فرضه لا يكره تضمينه ، لاختصاص الكراهة بعدم تهمته ، فكيف مع ثبوت ضمانه .

وكيف كان فالنصوص التي يظن استفادة الحكم المزبور منها خبر خالد بن الحجاج ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص ، فقال : إن كان مأموناً فلا تضمنه » .

وخبر حفص بن عثمان ^(٢) « قال : حمل أبي متاعاً إلى الشام مع جمّال فذكر أن حملاً منه ضاع فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام قال : أتتهمة ؟ قلت : لا ، قال : لا تضمنه . »
وخبر أبي بصير ^(٣) « عن أبي عبد الله عليه السلام في الجمال يكسر الذي يحمل أو يهرقه ، فقال : إن كان مأموناً فليس عليه شيء وإن كان غير مأمون فهو ضامن » .

(١) الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٣ .

(٢) الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٤ عن جعفر بن عثمان .

(٣) الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٧ .

وخبر الحلبي^(١) قال أبو عبد الله عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يضمن القصار والصائغ احتياطاً للناس وكان أبي عليه السلام يتطول عليه إذا كان مأموناً ونحوه خبر أبي بصير^(٢). وفي خبره الآخر^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام: «لا يضمن الصائغ ولا القصار ولا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً وفي رجل استأجر حمالاً فكسر الذي يحمل أو يهريقه فقال على نحو من العامل إن كان مأموناً فليس عليه شيء، وإن كان غير مأمون فهو ضامن».

وصحيح الصغار^(٤) «كتبت إلى الفقيه عليه السلام في رجل دفع ثوباً إلى القصار ليقصره، فيدفعه إلى قصار غير ليقصره فضاع الثوب، هل يجب على القصار أن يردّه إذا دفعه إلى غيره وإن كان القصار مأموناً؟ فوقع عليه السلام هو ضامن له إلا أن يكون ثقة مأموناً». وخبر حذيفة بن منصور^(٥) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحمل المتاع بالاجر فيضيع المتاع فيطيب نفسه أن يغرمد لاهله، أياخذونه؟ قال: فقال: أمين هو؟ قلت: نعم قال: فلا يأخذون منه شيئاً».

وخبره الآخر^(٦) قال له أيضاً: إن معاذ بن كثير وقيساً أمراني أن أسألك عن جمّال حمل لهم متاعاً بأجر وأند ضاع منه حمل قيمته ستمائة درهم وهو طيب النفس لغير مدّ لها صناعته قال: يتهمونه؟ قلت: لا قال: لا يفرمونه «بناء على الاجتماع على عدم التفصيل فيها، فوجب حملة في البعض على إرادة عدم تحايفه للضمان، وفي الآخر على ضمان ما يتلف في يده بفعله أو على نحو ذلك مما قد عرفته».

نعم لا يخفى عليك عدم وفائها بجميع ما تقدم اللهم إلا أن يفهم ذلك من فحواها، ويمكن دعوى كون المراد من مجموعها كراهة تغريم الأجير مع أهائته وعدم تهمة في كل مقام يثبت ضمانه لتلف بفعله أو بغيره كما هو واضح، بل لعل حمل كلام الأصحاب على ذلك أولى خصوصاً بعد التسامح في أدلة السنن والله العالم.

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ١٢-١١.

(٤) الوسائل الباب - ٢٩ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ١٨.

(٥) الوسائل الباب - ٣٠ من أبواب أحكام الاجارة الحديث ١٢.

(٦) التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ الحديث - ٣٦ طبعة النجف.

الشرط (٥) الثالث : أن تكون المنفعة مملوكة (٥)

للموَجَر أو لمن هو فضول عنه كما ستعرف أو نائب عنه لو كالة أو ولاية بلا خلاف أجده فيه ، بل هو من الواضحات ، ضرورة عدم تحقق المعاوضة في غير المملوكة التي يكون الموَجَر والمستأجر فيها على حد سواء كمنافع الأعيان المباحة .

نعم لا فرق في المنافع المملوكة ﴿إما﴾ أن تكون ﴿تبعاً﴾ لملك العين أو منفردة ﴿كالعين الموصى بمنفعتها والعين الموقوفة عاماً﴾ بناء على كون العين فيه ملكاً لله ، ولا يقدر عموم الوقف جواز اجارة الحاكم ولولبعض من هو مصرف الوقف لبعض المصالح التي ترجع إليهم أيضاً كمصلحة نفس الموقوف ونحوها ، كما لا يقدر جواز بيعه بعض مال الزكاة ممن هو مصرف لها كذلك أيضاً .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿للمستأجر أن يؤجر﴾ من الموَجَر فضلاً عن غيره وإن كان مالاً للمنفعة دون العين بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً إلى عموم الوفاء بالعقود ، وعمومات الاجارة ، وقاعدة التسلط ، والنصوص المستفيضة بل المتواترة الواردة في الارض والدابة والسفينة وغيرها التي تقدم شطر منها في مسألة الاجارة بالأكثر .

نعم يعتبر اجارة الأخف أو المساوي لا الأثقل إذا كانت المنفعة المملوكة له بعقد الاجارة ركوبه لا على وجه المباشرة ، بل على ملاحظته عنواناً لمن يركب ، أما لو كان مطلق منفعة الدابة مثلاً مملوكة له لتعيينها بالزمان مثلاً لم يكن بأس بركوب من شاء ما لم يكن على وجه يعدّ تعدّياً بالدابة والأمر في ذلك سهل .

إنما الكلام في أن له تسليم العين من دون إذن المالك كما هو خيرة المختلف وغاية المراد والحواشي والمسالك ومجمع البرهان والمفاتيح والرياض على ما حكى عن البعض ، أولاً كما هو خيرة النهاية والسرائر والقواعد وجامع المقاصد على ما حكى عن البعض أيضاً ، والأول إذا سلمها إلى أمين ، والثاني إذا لم يكن أميناً

كما عن ابن الجنيـد أقوال ، أوسطها أوسطها ، لانها أمانة في يده ولم يكن قد أذن له المالك بتسليمها من غيره كما هو المفروض ، فتبقى قاعدة احترام مال الغير بحالها .

وجواز الاجارة له أعم من جواز التسليم له ، ضرورة عدم توقفه عليه ، إذ يمكن استيفاء المنفعة ، وهي في يد الأمين كما أن عقد الاجارة للأول لا يقتضي وجوب التسليم على المالك على وجه يرفع يده عنها ويجعلها أمانة عنده إذ ليس له بالعقد المزبور سوى التسلط على استيفاء المنفعة الذي لا ينافي بقاؤها في يد المالك ، كما لو ركب الدابة وأراد مالكتها استصحابها لحفظها أو جعلها أمانة عند غير المستأجر ، فإذا آجرها المستأجر لغيره لم يتسلط بعقده على أزيد مما يتسلط عليه الأول .

نعم مباشرة العين التي من مقومات استيفاء المنفعة من العين كركوب الدابة وسكنى الدار مثلاً لا تحتاج إلى استئذان من المالك وإن استلزم أمانة في الجملة أيضاً لكونها من المنفعة التي ملكها بالعقد .

و من ذلك يعرف الحال في الاستدلال للأول بأن التسليم من مقتضيات عقد الاجارة ، فإذا جازت له جاز له لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه ، فإن التسليم الذي هو مقتضاها ما كان من مقومات المنفعة المستحقة له بالعقد ، لا كون العين أمانة عنده ، وفي يده خاصة الذي محل البحث . ولعل المانع أراد الثاني ، والمجوز أراد الأول فيكون النزاع لفظياً .

كما أن منه يعرف الجواب عن الاشكال ، بأنه لو توقف التسليم على إذن المالك لم يجز الاجارة للمستأجر ، لعدم القدرة على التسليم من غير حاجة إلى الجواب عنه بأنه يكفي في حصولها الإذن المتوقعة ، فيكون حينئذ كالفضولي ، ضرورة حصول القدرة على تسليم المنفعة من غير إذن مع بقاء العين في يده ، وهو المعتبر في صحة العقد ، لا التسليم على وجه تكون أمانة عند المستأجر الثاني ، وهو الذي نقول بتوقفه على الإذن لمعلومية عدم جواز إيمان الأمين غيره إلا بالإذن من المالك .

وأما الاستدلال عليه بصحيح الصفار المتقدم سابقاً في القصار الذي دفع الثوب إلى قصار آخر فهو مع أنه مبني على مساواة العين المستأجرة للعمل فيها للعين المستأجرة في الحكم المزبور أولى بالدلالة على المطلوب بعد الإجماع على عدم التفصيل فيه ، فيحمل حينئذٍ على كراهة الضمان مع الوثاقة ، وإن كان هو ضامناً على كل حال ، وذلك منطبق على المختار .

نعم قد يدل عليه صحيح علي بن جعفر ^(١) عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال سألت عن رجل استأجر دابة فأعطاه غيره فنفقت فما عليه ؟ قال : إن كان اشترط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها ، وإن لم يسم فليس عليه شيء .

وفيه : أن ملاحظة الجواب بالاشتراط المزبور وعدمه تقضي بأن المراد بياته الضمان من حيث ركوب الغير وعدمه لا من حيث التسليم وعدمه الذي ليس في الصحيح المزبور تعرض له ، والدفع فيه أعم من كون العين أمانة عنده إذ يمكن ركوب الغير لها وهي في يد الأول .

وكذا ما عساه يشعر به النصوص الكثيرة في جواز اجارة الارض ونحوها بالأقل والمساوي دون الأكثر ، والنصوص ^(٢) الواردة فيمن تقبل عملاً في عين ، وقبله من غيره ، باعتبار عدم تعرض شيء منها لعدم جواز التسليم مع أنه المتعارف الغالب الوقوع .

بل في النصوص المزبورة ما هو كالصريح في تسليم العين من الغير ، إذ لا يخفى على من لاحظها أنها مساقفة لبيان حكم الأقل والأكثر لا ذلك ، وليس فيها ما يقضي بالتسليم على وجه ترتفع يد الأول عنه خصوصاً ، والمسؤول فيها الارض ونحوها التي لا استبعاد في بقاء يد الامانة عليها وإن آجرها أو زارع عليها ، لعدم حاجة أمانتها إلى تكلف أمور كثيرة .

(١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الاجارة .

بل في نصوص العمل ما هو ظاهر في اعطاء الثوب للفلمان الذين هم تلامذته ،
ويعملون بحضرته ، كما يستعمله الخياطون في زماننا ، وقد ظهر من ذلك كله أنه
لايجوز التسليم الاثامي من دون إذن ، كما أنه يجوز التسليم المنفعي بدونها ، والله
هو العالم .

وعلى كل حال فلا اشكال في جواز الاجارة ﴿ إلا أن يشترط عليه استيفاء
المنفعة بنفسه ﴾ لنفسه ، فإنه لايجوز حينئذ عملاً بقاعدة « المؤمنون » التي يتعذر
الجمع بينها وبين الاجارة المفروضة ، فيتعين بطلانها لسبق الخطاب بالأولى .
نعم لو شرط بنفسه خاصة لأبأس بالاجارة من الغير مشروطاً عليه الاستيفاء له
بنفسه كحمل متاع ونحوه مما يصح استيفاؤه له ضرورة عدم المناقاة حينئذ ، أما إذا
لم يشترط فالظاهر الفساد ، وإن استوفى هو بنفسه أيضاً للتنافي حينئذ بين صحة
الاجارتين .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو شرط ﴾ عليه ﴿ ذلك فسلم العين المستأجرة
إلى غيره ضمنها ﴾ ولو بتسليم انتفاع لأمانة ضرورة كونه متعدياً ، وللصحيح المتقدم
والاجماع المحكي عن الفقية .

نعم لو أخذ عوضاً عن هذه المنفعة ، ولو أجرة مثل ، لم يبعد ملكيته لها لأنها
عوض منفعتها المستحقة له ، وإن كان قد اشترط عليه استيفاءها بنفسه ، وكذا لو غصبها
غاصب منه ، والله أعلم .

﴿ ولو آجر غير المالك تبرعاً ، قيل : بطلت وقيل : وقفت على اجازة المالك ،
وهو حسن ﴾ بل هو الأصح كما اشبعنا الكلام فيه في البيع بما لم يوجد في كتاب ،
اذ التحقيق اتحاد البحث في الفضولي في جميع العقود فلاحظ وتأمل .

الشرط (الرابع : أن تكون المنفعة معلومة)

بلاخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ، للفرق وغيره ، بل قيل : إن العامة
الذين اكتفوا بالمشاهدة في البيع وافقوا هنا على وجوب العلم بقدر المنفعة فلايجوز

حينئذ على المجهولة فضاغن المبهمة ولو بابهام العين المستأجرة بل لابد من التزام العين في الذمة كما يلتزمها بالسلم وتشخيص العين .

نعم لا بأس بها على سائر المنافع بعد العلم بها جميعها حتى مع حال عدم إمكان استيفاء إلا على جهة البدل ، فإنه حينئذ يكون المستأجر مخيراً في استيفاء أي منفعة شاء منها وإن كان مالكا للجميع بالعقد ، ولو لم يكن للعين الامتفعة واحدة معلومة كفى الاطلاق في حمل الاجارة عليها ، ولو كان لها منافع متعددة وجب بيان المراد منها ولو الجميع .

وهل يكفي في ارادة الأخير الاطلاق ، يقوى ذلك كما عن التذكرة ، فيخير حينئذ المستأجر أيضاً على حسب ما عرفته فيما لو صرح .

وعلى كل حال علم المنفعة ﴿ إما بتقدير العمل كخياطة الثوب المعلوم ﴾ طوله و عرضه وغلظه ورقته فارسية أو رومية من غير تعرض للزمان ، وإما بتقدير المدة كسكنى الدار شهرا ﴿ أو العمل على الدابة ﴾ مثلاً ﴿ مدة معينة ﴾ والخياطة المعلومة يوماً من غير تعرض لمقدار العمل ، فإن كلامهما ترتفع بها الجهالة عرفاً التي هي المدار في المنع وعدمه فيندرج حينئذ فاقدتها في عموم الأدلة وخصوصها .

وقديتعين الثاني فيما لا يمكن ضبطه إلا به ، وإن كان عملاً كالإرضاع ، كما أنه قيل : قديتعين الأول فيما هو كذلك نحو استيجار الفحل للضراب ، فإنه يقدر بالمرّة والمرتين دون الزمان .

﴿ ولو قدر المدة والعمل ﴾ فيما يصلح كل منهما ضابطاً له ﴿ مثل أن يستأجره ليخيط هذا الثوب في هذا اليوم ﴾ فلا ريب في الصحة مع العلم بسعة المدة لذلك ، كما لا ريب في الفساد مع العلم بالقصور للعجز عن العمل المفروض .

أما إذا كان محتملاً فـ ﴿ قيل تبطل ﴾ الاجارة ﴿ لان استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق ﴾ فلا يكون معلوم القدرة عليه ﴿ وفيه تردد ﴾ ينشأ من ذلك ، ومن أن المسلم خروجه من عموم الأدلة معلوم المعجز ، ولعله الأقوى ، خصوصاً فيما كان

كالفرض من قبيل الشرط ، فتصح حينئذ ، فإن عمله فيه استحق الأجرة ، وإن زاد الزمان ، والأتمخير المستأجر في الفسخ لفوات الشرط .

وليس للأجير ذلك لعدم كون الشرط له ، ولأن الإخلال جاء من قبله ، ولأنه كما لو تعذر المسلم فيه في وقته ، فإن فسخ المستأجر قسط ، وقيل : بأجرة المثل ، وقيل : بأقلهما ، والأول أقوى ، والأطالب بالعمل بعدها ، كما لو تعذر المسلم فيه في وقته ، فإن المسلم إذا لم يفسخ واختار الصبر كان له المطالبة به عند وجوده ، وكذلك فيما لو أريد التطبيق في نحو المثال المفروض على معنى الابتداء بابتدائه والانتهاء بانهائه ، فيصح مع العلم بحصوله ، ويبطل مع العلم بالعدم .

وفيه تردد مع الاحتمال ، ولعل إطلاق البطلان في اللعنة وجامع المقاصد والروضة ومحكي التذكرة وشرح الارشاد والتنقيح في فرض التطبيق في المثال المفروض مبني على معلومية غلبة عدم حصوله ، قيل : وهو معنى ما في المبسوط والمهذب ، وفقه القرآن والسرائر من توجيه البطلان في المثال بأنه ربما يخييط الثوب قبل مضي النهار ، فيبقى بعض المدة بلا عمل ، وربما لا يفرغ منه يوم ، ويحتاج الى مدة أخرى ، وتحصيل العمل بلامدة .

وربما حمل عبارة المتن عليه ، وهو وإن كان قد يشهد له ظهور كون الإشارة بلفظ القيل في كلامه إلى من عرفت ، وأنه المراد من التقدير والمفروض باعتبار ظهوره في ارادة الجمع بين التقديرين ، لإرادة الظرفية من الزمان .

لكنه ينافيه التردد المزبور على هذا الفرض ، بل عن التحرير وحواشي الشهيد : أيضاً نحو ذلك ، بل عن المختلف الحكم بالصحة ، ضرورة وضوح البطلان حينئذ . ألهم إلا أن يقال : إن تردده في التطبيق المأخوذ شرطاً ، فإن الصحة حينئذ يكفي فيها احتمال إمكانه ، لأنها تبطل ، لأنه قد لا يتفق ، كما حكاه من تعليل القائل إذا قصاه تخلف الشرط ، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ .

ويمكن أن يكون التردد في حمل الإطلاق على التطبيق دون الظرفية ، وعمله

إليه أومى في محكي المختلف في توجيه ما اختاره من الصحة بأن الفرض إنما يتعلق بفعله تلك المدة و ذكر الانطباق للمبالغة ، إذ لائمة مهمة في تطبيقه على الزمان ، والفراغ أمر ممكن لا غرو فيه .

فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الاجرة احصول الفرض وهو التعجيل ، ولا يجب شيء آخر ، وإن انقضى الزمان قبله فللمستأجر الفسخ ، فإن فسخ قبل حصول شيء من العمل فلا شيء له ، وإن فسخ بعد شيء فأجرة مثل ما عمل ، وإن اختار الامضاء الزمه بالعمل خارج المدة ، وليس للاجبر الفسخ ، وإن كنا لم نجد ذلك له في المختلف ، نعم حكى عنه في السرائر ولعله ابدل به سهوا .

وعلى كل حال فلا يتوجه الطعن عليه ممن تأخر عنه بأن ذلك خروج عن محل النزاع ، باعتبار أن مفروض المسألة التطبيق لا الظرفية ، لما عرفت من أن المقصود تنقيح حال اطلاق المتعاقدين لو صدر منهما التقدير بالمدة والعمل ، كما هو مقتضى فرض المسألة في كلامهم على حسب ما في المتن ، وإنما التقييد بالتطبيق أوّل ما صدر من الفاضل في محكي التذكرة والامر سهل بعد أن علمت الحكم في المسألة على جميع التقادير .

أما احتمال أن المراد في مفروض المتن وغيره البطلان حتى مع ارادة الظرفية المعلوم سعتها ، فلاوجه له قطعاً ، بل يمكن تحصيل الاجماع على خلافه ، مضافاً الى العمومات والخبر المتقدم سابقاً في الاجارة على الحمل إلى مكان معلوم في زمان معين والله هو العالم .

﴿ والآجير الخاص ﴾ الذي رسم في جملة من العبارات بالمنفرد ﴿ هو الذي يستأجر مدة معينة ﴾ شخصية على وجه الاستغراق ، والتقييد للعمل لا الشرطية ، فإن الملتجئ فيها حينئذ الخيار لفوات الشرط لا الاحكام الملزومة ، بخلاف ما إذا استأجره المدة الملزومة للعمل بنفسه كذلك ، فإنه يجري فيه الاحكام التي تسمعا ، سواء كان العمل مخصوصاً أولاً ، وسواء كان حراً أو عبداً .

قيل : ومنه ايضاً من يستأجر لعمل معين أوّل زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوأمى فيه بعده ، ضرورة كونه بمنزلة تعيين المدة حينئذ .

وعلى كل حال ❊ لا يجوز له العمل ❊ المملوك عليه بعقد الاجارة ❊ لغير المستأجر ❊ في المدة المعينة ❊ إلا بإذنه ❊ بل ولا غيره من الأفعال إذا كان على وجه ينافي العمل المستأجر عليه ، أمّا ما لا ينافيه فلا بأس به قطعاً كما لا بأس بعمله في غير مدة الاجارة كالليل حيث لا يكون داخلاً ، فيجوز للخياط مثلاً إذا كان أجيراً خاصاً على الخياطة ، التعليم والتعلم والعقد ونحو ذلك ممّا لا ينافيها حالها ، كما يجوز للأجير على البناء فعله في الليل الآخر إذا لم يؤدّ إلى ضعف في الأوّل .

فما في المسالك من احتمال المنع ، والرّوضة فيه وجهان من التصرف في حق الغير وشهادة الحال - في غير محله ، ألّهم إلا أن يريد خصوم الذي تملك سائر منافعهم من أفراد ، لكن المتّجه فيه حينئذ المنع ، لكون المنفعة حينئذ مملوكة للمستأجر ، وإن كان الأجير متشاعلاً بغيرها له إلامع الفحوى .

نعم قد يتوقف في شمول بعض المنافع لواقع العقد بلفظ مطلق مثلاً ، والمتّجه فيه أيضاً الجواز مع فرض الشك في الإرادة كما هو محرر في نظائره .

وعلى كل حال فلا خلاف في عدم الجواز في المنافي المعلوم الإندراج نقلاً وتحصيلاً ، بل لعلّه مجمع عليه كذلك ، مضافاً إلى خبر اسحاق بن عمار ^(١) « سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر معلوم فيبيعه في ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم ويقول : اشتريها كذا وكذا ، وما ربحت بيني وبينك ؟ فقال : إذا أذن له الذي استأجره فليس به بأس » بناء على إرادة ما يقتضي المنع من البأس في المفهوم والخاص من الأجير فيه ، ولو بمعمونة ماعرفت .

فلو أجز نفسه على العمل المستأجر عليه مثلاً فإن كان بإذن وقع العقد للمستأجر ولو أذن له فيه ، لأنه كالأذن ببيع ماله لآخر على أنه له ، فإن البيع

(١) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ١

لا يكون إلا لصاحب المال ، فيملك هو الثمن مالم يكن الاذن على جهة القرض وبحوه مما هو خارج عن القرض .

نعم لو كان أجيراً خاصاً على عمل خاص ، وقد أذن له في عمل غيره مما ينافيه كان العقد له دون المستأجر ، لعدم كونه له ، ويحتمل كونه له مطلقاً ، للفرق هنا بأن الأجير الخاص لم يتشخص عمله ، كى يكون مملوكاً للمستأجر وإنما هو معامل معاملته في غير القرض .

ويحتمل عدم مطلقاً إلا أن يرفع يده عن الإجارة وإن كان من دون إذن ، وقيل : إن يعمل للمستأجر الأول شيئاً ولم يسلمه نفسه كان كالفضولي ، باعتبار أنه كالعقد على ما هو لغيره ، فإن أجاز اخذ المسمى من المستأجر الثاني مالم يكن قد قبضه الأجير ، وقد أجاز ذلك أيضاً فيأخذه حينئذ منه حتى لو فرض كون الاجرة عيناً مشخصة .

نعم لو لم يجز له قبض العين المزبورة كان مخيراً بين مطالبتها معاها كما هو واضح ، وإن أطلق في الرخصة مطالبة من هي في يده ، كوضوح مطالبة المستأجر خاصة بالأجرة ، إذالم يجز القبض في المطلقة ، ثم هو يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه وبقاء العين ، فمافي القواعد - من إطلاق التخيير له في المطالبة لكل منهما كأجرة المثل حينئذ إذا لم يجز - في غير محله ، وإن وجّه بأن الأجرة لا تزيل عدوان الموجر ، إلا أنه كما ترى ، وإن لم يجز العقد بطل ، لما عرفت .

ولأن الحكم بصحة الأولى يقتضي البطلان في الثانية ، ضرورة عدم إمكان الحكم بصحتها معاً ، ولا وجه لبطلانها كذلك ، وللبطلان الأولى فيتعين الأخيرة فلو فرض عمله للثاني مع ذلك وقبله ثم تعقبه عدم الاجازة كان المستأجر الأول مخيراً بين فسخ عقد نفسه للتبعيض عليه ، فيرجع إلى أجرته حينئذ ففي صحة الاجارة الثانية حينئذ وعدمها وجهان ، تقدما في بحث الفضولي فيمن باع ملك غيره ثم ملكه ، وبين عدمه فيطالب بأجرة المثل ، وكذا لو كان عمله بجعالة مثلاً .

و احتمال الانفساح باعتبار أنه كتلف المبيع قبل القبض - كما عن الشيخين
وسلار وابي الصلاح والمصنف في النافع - يدفعه منع كونه منه ، بل هو كغصب بعض
المبيع قبل قبضه ، الموجب للخيار لا الانفساخ ، بل لعلة كذلك أيضاً في اتلاف البايع
له في وجه الذي هو نحو ما نحن فيه .

و على كل حال فلا يشكل شيئاً من ذلك أن الحرّ وإن صار أجيراً خاصاً
إنّما يكون المملوك له العمل عليه في الذمة ، فلا يتشخص من دون يته ، بخلاف
العبد والدابة ونحوهما مما تكون المنفعة فيه مملوكة تبعاً لملك العين ، ومن هنا
لا يضمن منافعه بالفوات .

لأننا نقول : ولا يمكن صيرورته كالعبد حينئذ بالاجارة بالنسبة الى ملك منفعتة
الخاصة . وثانياً : انه وإن كان كلياً في ذمته إلا انه باعتبار حصره عليه بالمباشرة
و المدة صار كالشخصي و جرى عليه حكم الفضولية وغيرها كما هو واضح .

ولو كان عمله للغير تبرّعاً وكان العمل بماله أجرة في العادة ففي الروضة «تخير
مع عدم فسخ عقد» بين مطالبة من شاء منهما بأجرة المثل ، وإلا فلا شيء وفي معناه
عمله لنفسه ، وفيه - بعد تخصيص محلّ الفرض بالأجير الخاص الذي تملك سائر
منافعه - ان المتبجّ الرجوع عليه خاصّة اذا فرض كون عمله للغير من غير علم أو
من غير استدعاء ، فإنه لا يزيد على عبد الغير الذي يعمل في مال الغير بلا علم منه ،
أو من غير استدعاء .

بل ينبغي القطع به ، كما في الأجير الخاص الذي قد ملكت منه منفعة خاصّة
فعمل غيرها مما ينافيها للغير من غير استدعاء منه ، بل لو كان ذلك باستدعاء منه أو
بعقد إجارة وإن كان فاسداً رجع على الأجير خاصّة بأجرة مثل عمله الذي فوّته
عليه ، واستحق الأجرة على من عمل له بأمره أو بالاجارة الفاسدة ، أجرة المثل للعمل
الذي عمله له ، لأنها عوض عمله ، ولا يملكها المستأجر الأوّل ، لأنها ليست عوض
عمله الذي فات عليه .

وقال في الروضة : أيضاً « ولو حاز شيئاً من المباحات بنية التملك ملكه ، و كان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرنا أى الرجوع الى أجرة المثل إن لم يفسخ العقد ، و فيه أنه يمكن دعوى ملكية المباح للمستأجر إذا كان أجيراً خاصاً مملوكة سائر منافعه على وجه يندرج فيه حيازة المباحات أو كان أجيراً خاصاً بالنسبة إليها لأنه حينئذ بناء على صحة الاجارة على هذا الوجه يكون العمل البارز منه مملوكاً للمستأجر ، و تكون يده بسبب الاجارة يد المستأجر ، فيملكه حينئذ وإن نوى خلافه ، لأنه بمنزلة من نوى التملك فيما حازه غيره ، وبمنزلة حيازة العبد . وربما يؤمى إلى ذلك في الجملة اجراء حكم الفضولية على عمل الأجير الخاص ، كما عرفت .

هذا كله قبل عمل الأجير للمستأجر شيئاً و قبل أن يسلمه نفسه ، أما إذا عمل له أو سلمه نفسه ثم آجر نفسه ، ففي بعض كتب بعض مشايخنا « ليس للمستأجر الأول إلا أجرة المثل فيما بقي ، وليس له فسخ عقد نفسه ، سواء كان المستأجر الثاني استوفى المدة أو لم يستوفها مستشهداً على ذلك بما ذكره غير واحد من الأصحاب ، بل جميعهم من أن غصب المؤجر والأجنبي بعد القبض لا يسقط المستأجر على الفسخ .

ثم قال - فما وقع للشهيد الأول في الحواشي من أن له فسخ عقد نفسه ، فإن كان ذلك قبل أن يعمل الأجير له شيئاً فلا شيء عليه ، وإن كان بعده تبعضت الاجارة ولزمه من المسمّى بالنسبة ، و تبعه عليه ثانی الشهيدین و فاضل الرياض ، خلاف ما تقدم لهما ولكافة الأصحاب .

و فيه أن مرادهم بالأجير الخاص الذي ذكروا فيه الحكم المزبور الحر ، لأنه المنساق منه ، و تسليم العمل المستأجر عليه ليس إلا بإبرازه ، أو بتسليم نفسه حتى تمضي المدة ، و لا يقوم تسليم نفسه في بعض المدة مقام تسليم المنفعة بالنسبة إلى عدم الخيار ، و كذا فعل بعض العمل ، و حينئذ فيتجه الفرق بين ما هنا و بين ما ذكره في غصب العين المستأجرة بعد تسليمها ، وإن كان من المؤجر الذي هو كغصب المبيع

من المشتري كما هو واضح ، و يأتي إنشاء الله له مزيد تحقيق .
نعم يتم ما ذكره في العبد الذي هو أجير خاص ، إلا أنه غير مراد لهم بالنسبة
إلى الحكم المزبور ، و حينئذ فإن عمل للغير بعض المدة بأجرة تخير المستأجر
الأول بين فسخ عقد نفسه للتبعض ، و بين عدمه ، فيتخير في إجازة العقد الآخر
على حسب ما عرفته ، و هل له فسخ عقد نفسه في خصوص المدة التي عمل فيها للغير ،
احتمل ذلك ، إلا أن الأقوى عدمه ، كما في التبعض في البيع و الله أعلم .

﴿ولو كان﴾ الأجير ﴿مشتراً كاجاز﴾ عمله في الجملة من غير إذن لنفسه
ولغيره باجارة أو تبرعاً ﴿وهو﴾ كما عن المبسوط و الوسيلة و التحرير و السرائر
﴿الذي يستأجر لعمل مجرد عن المدة﴾ تشخيصها أو عن استغراقها أو عن المباشرة
أو عن جميع القيود أو بعضها ، فيكون حينئذ له أفراد متعددة ، و إن اقتصر في جامع
المقاصد و المسالك على ثلاثة وهي المجردة عن المدة أو عن المباشرة أو عنهما ، كما
أنه في خبر عمر بن خالد ^(١) عن زيد عن آباءه عليهم السلام الاقتصار في تفسير المشترك بعد
السؤال عنه «بأنه الذي يعمل لى ولك» .

و لكن يمكن إرادة الجميع ما لا ينافي ما ذكرنا ، بل يمكن الاستفادة أكثرها
من نحو المثل بحمل المدة في كلامه على المدة المعتبرة في الأجير الخاص ، وهي الشخصية
المستغرقة للعمل ، و إن كان لا يشمل المجرّد عن المباشرة دونها .

و الأمر سهل بعد ما عرفت القيود المعتبرة في الأجير الخاص ، فإن المشترك
حينئذ هو فاقدها ، أو بعضها كسهولة الوجه فيما سمعته ، من أن حكمه الجواز ،
للأصل و العمومات السالبة عما يعارضها ، حتى المنافاة بين الاجارتين ، ضرورة عدمها ،
لأن العمل المستأجر عليه فيه ، ليس هو الأكدين في ذمته ، ولذا عرفه في محكي
الاقتصاد و الغنية و التذكرة و المختلف بأنه الذي يستأجر على عمل في الذمة ، بل
عن ظاهر الأولين الإجماع عليه ، و يقرب فيه ما عن التنقيح من أنه الذي يستأجر

لعمل مطلق معين ، أو لزمان مطلق مضبوط مجرّد عن المباشرة .
وما عن مجمع البرهان من أنّه الذي يعمل عملاً معلوماً في زمن معين كلي ،
إمّا مع تعيين المباشرة أو مطلقاً ، فلا ينافيه حينئذ دين آخر عليه ، بل لا ينافيه صيرورته
أجيراً خاصاً لا آخر .

نعم قد يكون على وجه تحصل المنافاة بينهما ، كأن يوجر نفسه مدة حياته مع
تعيين المباشرة ، فلا يجوز حينئذ كما في الرياض ، للمنافاة بينه وبين عمل ما استوجر
عليه للأوّل ، وهو في معنى الخاص بالاضافة إلى قدر المدة للعمل الأوّل ، وإن
كان قد يناقش في أصل صحة المثال بالفرق ، وفي جريان ما سمعته من أحكام الأجير
الخاص عليه أيضاً ، كالفضولية ونحوها ، بل أقصاه عدم مضي الاجارة الثانية المنافية
بل بناء على عدم النهي عن الضدّ احتمال بعضهم الصحة كما ستسمعه .

ومنه يعرف ما في المحكي عن الشهيد من القول بأنّ الإطلاق في كل
الاجارات يقتضي التعجيل ، وأنّه يجب المبادرة إلى ذلك الفعل ، فإن كان مجرّداً
عن المدة خاصّة فبنفسه ، وإلا تخير بينه وبين غيره ، وحينئذ فيقع التنافي بينه و
بين عمل آخر في صورة المباشرة ، وقرع عليه عدم صحة الاجارة الثانية في صورة
التجرّد عن المدة مع تعيين المباشرة ، كما منع ، في الأجير الخاص .

ويرشد إليه ما تقدم في الحجّ من عدم صحة الاجارة الثانية مع اتحاد زمان
الايقاع نصّاً أو حكماً كما لو أطلق فيهما ، أو عين في احدهما بالسنة الأولى ،
وأطلق في الأخرى ، إلا أنّه في الروضة بعد أن حكاه عنه قال : « وما ذكره أحوط ،
لكن لا دليل عليه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور » ومقتضاه أنّ دليله واضح
إن قلنا باقتضائه ، مع أنّ في المسالك قال : « لو سلمنا حينئذ ذلك فالأمر بالشيء
إنما يقتضي النهي عن ضده العام ، وهو الأمر الكلي لا الأفراد الخاصة » .

سلمنا لكنّ النهي في غير العبادة لا يبدل على الفساد ، وما ذكره في الحج
ليس بحجّة بمجرّده ويتفرّع على ذلك وجوب مبادرة أجير الصلاة إلى القضاء بحسب

الامكان ، و عدم جواز إجارته نفسه قبل الاتمام ، و أمّا تخصيص الوجوب بصلوات مخصوصة و أيام معين فهو من الهذيان الباردة و التحكمات الفاسدة .

قلت التحقيق عدم اقتضاء الاطلاق التعجيل ، لعدم فهمه من العقد ، و عدم الدليل عليه من الشرع ، و الحجج بعد تسليمه إنما هو لدليل خاص ، ولا ينافي ذلك اقتضاء العقد الحلول المقابل للتأجيل ، لأنه أعم من التعجيل المزبور .

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوبه ، حتى مع المطالبة المقتضية وجوب الدفع على حسب ما اقتضاء العقد من الفعل في أزمّة الامكان على المتعارف المستفاد من إطلاق الأمر بالوفاء ، وليس هو كالدين الذي يجب تعجيله بالمطالبة مع الامكان ، لعدم الدليل بل ظاهر إطلاق الأمر بالوفاء يقتضى خلافه ، مضافاً إلى السيرة في عدم التعجيل المزبور في سائر الأعمال المستأجر عليها على وجه الاطلاق . و لو سلم فلا يضاف اقتضاؤه الفساد في الاجارة الثانية ، مع اعتبار المباشرة فيهما ، و عدم رضا الأول بالعمل لغيره بناء على النهي عن الضد ، ضرورة كون العمل المستأجر عليه ثانياً محرماً عليه حينئذ ، فلا تصح الاجارة ، فما سمعته من المسالك لا يخفى ما فيه .

بل قد يقال بالفساد ، و إن لم نقل بالنهي عن الضد ، باعتبار اقتضاء الفورية المفروضة عدم التمكّن شرعاً من غيره .

و لعلّه إلى ذلك أوما في الروضة بما سمعته منه ، مع احتمال الصحة و تسلط المستأجر الثاني على الخيار إذا كان جاهلاً بالحال ، بل قد يحتمل ذلك أيضاً بناء على النهي عن الضد ، أيضاً ، ضرورة إقتضاء ذلك الحرمة مع المنافاة دون غيرها ، كما لو آجره بعد ذلك ، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ مع جهله بذلك .

كما أنه قيل في حكم مانع فيه من الأجير المشترك إذا كان فاقد المباشرة خاصة دون المدّة أن له إجارة نفسه من الغير إجارة مطلقة ، و في المدّة مع تعيين المباشرة وبدونها ، فإذا طالبه المستأجر الأول بما استأجره عليه أداه له بنفسه أو

بغيره ، فلو عصى و لم يفعل كان له فسخ عقد نفسه ، فلولم يفسخ طالبه بأجرة المثل عنه في ذلك المدّة ، وليس له فسخ عقد غيره ولا مطالبته بأجرة المثل ، وإذا كان فاقد المدّة دون المباشرة فيجوز له إيقاع إجارة مطلقة .

وأما الخاصة فقد يحتمل المنع ، والأقوى الجواز إذا لم تكن على وجه تحصل المنافاة فيه ، لا إمكان الجمع حينئذ بفعل الأولى بعد مضي زمان الإجارة الثانية . نعم لو طلبه منه فلم يفعل فله فسخ عقد نفسه ، و الرضى بالعمل متى ما عمله ، و ليس له المطالبة بأجرة المثل لكل من الموجر و المستأجر ، و لا فسخ العقد ، وإذا كان فاقدهما جازله الإجارة المطلقة و الخاصة ، و له فسخ عقد نفسه أيضاً بالتأخير الكثير إذا طلبه منه ، فلم يفعل و هو جيّد .

و إن كان يمكن المناقشة في أجرة المثل في الأول الذي تذكر المدّة فيه على جهة الشرطية ، و في الخيار فيه ، بل في الثلاثة بعدم الفعل مع المطالبة ، و لو مع التأخير الكثير الذي ينبغي التقييده في الثاني أيضاً ، بأن المتجه في الأول التسلط على الخيار ، لفوات الشرط ، لا أجرة المثل ، و في الثاني الزام الحاكم له بالتسليم في أول أزمته الإمكان ، لا الخيار .

إلا أنه قد تدفع الأولى بأن الفرض التشخيص في المدّة ، لكن يتجه فيه الإيفاساح حينئذ لا الخيار ، و بأن الخيار هو الجابر لما يفوت من حيث المعاوضة ، كما لا يخفى على من لاحظ موارده فتأمل والله هو العالم .

و تملك المنفعة بنفس العقد كما تملك الأجرة به ~~ب~~ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى أن ذلك مقتضى العقد ، و المراد من انشائه ، بل هو مقتضى مادل على إفادة العقد الملك ، و تسبيبه له من «أوفوا» و غيره ، لأصالة عدم اعتبار أمر آخر عليه ، كما أنه مقتضى مادل على حصوله بالإستيجار المتحقق بالعقد ، نحو الشراء و البيع ، بل لم يقل أحد بالفصل بينهما .

ولا يناني ذلك توقفه في بعض أفراد العقد على أمر آخر ، كالقبض في الصرف و

نحوه للدليل ، خلافاً لبعض العامة، فزعم عدم ملك المنفعة بالعقد ، لأنها معدومة ، وإنما يملكها على التدريج بعد وجودها وحدوثها على ملك الموَجِر ، و ملك الأجرة تابع لملك المنفعة ، فلا يملكها المَوَجِر إلا تدريجاً ، وهو كما ترى .

﴿وهل يشترط﴾ هنا ﴿اتصال مدة الاجارة﴾ لو كانت مقدرة ﴿بالعقد﴾ فلو كانت منفصلة لم يصح ﴿وقيل﴾ : و القائل الشيخ ﴿نعم﴾ ، ولو أطلق بطلت ﴿قال في المحكي من مبسوطه﴾ : لو آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل حين العقد ، فإنه لا يجوز ، وقال في المحكي من خلافة : إذا قال : آجرتك الدار شهراً و لم يقل من هذا الوقت و أطلق فإنه لا يجوز .

و كذا لو آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل ، فإنه لا يجوز ، لأن عقد الاجارة حكم شرعي ، ولا يثبت إلا بدلالة شرعية ، و ليس على ثبوت ذلك دليل .
﴿وقيل﴾ والقائل الأكثر ﴿الإطلاق يقتضي الاتصال﴾ ، و هو أشبه بمراعاة أصالة إرادة المسلم الوجه الصحيح ، و لفهم أهل العرف ذلك حتى صار كآته وضع عرفي ، كما يشهد له النصوص الدالة على الصحة في المتمة مع الإطلاق ، و كان غرض المصنف بهذه العبارة خصوصاً بعد ذكر مسألة الانفصال التعرض لتنزيل الإطلاق على الاتصال و عدمه .

لكن فيه أن مثل ذلك لا يؤدي بمثل هذه العبارة كما هو واضح ، بل ليس وظيفة الفقيه التعرض لمثله ، ضرورة كون المدار على الفهم العرفي .

بل يمكن أن يكون مراد الشيخ من الإطلاق الذي حكم ببطلانه الكلي الذي هو حقيقة اللفظ مفرغاً له على اعتبار الاتصال في الصحة ، و الكلية أعم منه ، فيبطل ، فالمناسب البحث معه في ذلك ، و أنه بناء على عدم اعتبار الاتصال كما هو التحقيق تجوز الكلية ، أو لا بد من التعيين ولو في زمان متأخر عن العقد ، يحتمل الأول لا إطلاق الأدلة و عمومها .

و ربما يشهد له جملة من كلمات الأصحاب في مسألة آجرتك كل شهر

بدرهم ، وأمثلتهم ، وفي مسألة الأجير المشترك ، والمنفص ، و أمثلتهم في مسألة تقدير المنفعة بالعمل و المدة ، بل كاد يكون صريحا في جامع المقاصد في المقام ، والأخير و ظاهر بعضهم ، و صريح آخر الثاني للجهالة و الفرر .
وقد يقوى التفصيل بين الأعيان و الأعمال فيعتبر التعيين في المدة في الأولى ، دون الثانية التي مرجع المدة فيها إلى تقدير نفس العمل ، بل في محكي التذكرة نفى الخلاف من اعتبار التعيين في الأولى و إذا أمكن تنزيل عبارة المتن على البحث عن ذلك كان أولى .

﴿و﴾ كيف كان ﴿فلو عين شهر﴾ معينا ﴿متأخر﴾ عن العقد قيل ﴿والمائل الشيخ كما سمعت و أبو الصلاح﴾ تبطل ﴿لمأعرت و لعدم القدرة على التسليم﴾ والوجه الجواز ﴿و فاقا للمشهور﴾ بل في محكي التذكرة الاجماع عليه ، بل عن السرائر بعد حكاية ما سمعته من المبسوط مانصه لم يذكر يعني في المبسوط أن ذلك قوننا ، أو قول غيرنا ، و لا يظن ظان أن ذلك قول لأصحابنا إلى آخره لعموم الأدلة .
ولأن شرط الاتصال يقتضي عدمه ، لأن كل واحد من الأزمنة التي تشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليه ، وليس غير الجزء الأول متصلا بالعقد ، ومتى كان اتصال باقي الأجزاء غير شرط ، فكذا اتصال الجميع ، و القدرة على تسليم المعقود عليه متحققة كما هو واضح ، والله العالم .

و كيف كان فقد عرفت أن المستأجر يملك المنفعة بالعقد ، كما أن الموجر يملك الأجرة به إلا أنه ملك غير مستقر ، وإنما يستقر بالاستيفاء بخلاف ﴿و﴾ لا إشكال أو بما هو في حكمه كما ﴿إذا سلم العين المستأجرة﴾ المستأجر و قبضها ﴿و مضت﴾ مدة الاجارة لو كانت مقدرة بها أو مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة ﴿لو كانت مقدرة بالعمل﴾ سواء إستوفى أم لا ، لعذر أم لا ، كما عن التذكرة التصريح به ، فإنه إذا كان كذلك ﴿لزمته الأجرة﴾ بخلاف معتد به ، حتى لو كانت الاجارة فاسدة ، وإن كان اللازم فيها أجرة المثل .

فما عن التذكرة و التحرير - من احتمال عدم شيء له فيها - في غير محله ، بل لا فرق في ذلك كله بين العين الشخصية و الكلية ، و التقدير بالمدّة و العمل ، لعدم الأمر بالوفاء ، و استصحاب الملك ، و عدم المانع من قبل الموجر ، و كون العين مضمونة المنافع في يده .

و الخبر ^(١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً فقال : أجرنيها بكذا إن زرعتها ، أو لم أزرعها أعطيتك ذلك ، فلم يزرعها الرجل قال : له أن يأخذ ، إن شاء ترك و إن شاء لم يترك » .

و خبر ابن يقطين ^(٢) « سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكتري السفينة سنة أو أقل أو أكثر قال : الكرى لازم إلى الوقت الذي اكترأه إليه و الخيار في أخذ الكرى إلى ربّها ، إن شاء أخذ و إن شاء ترك » .

و نحوه خبر عليّ ابنه ^(٣) و خبر سهل ^(٤) و خبر أبي بصير ^(٥) بل الظاهر أن المراد من الحكم فيها بلزوم تمام الكرى إلى الوقت دفع وهم احتمال نقص الكرى بقدر التعطيل ، لو تعطلت في بعض المدة ، و اجماع الغنية على ما إذا استأجر دابة ليركبها إلى مكان بعينه ، فسلمها إليه فأمسكها مدّة يمكنه المسير فيها ولم يفعل ، و غير ذلك .

و حينئذ فقول المصنف ﴿ و فيه تفصيل ﴾ في غير محله ، و إن حكى عن نسخة قرئت على المصنف أنّه وجد مكتوباً عليها أن المراد إن سلم العين و كانت مقيّدة بمدّة معينة لزمت الأجرة اتّفق أم لا ، و إن كانت على عمل كالدّابة تحمل المتاع لزمت في المدّة أجرة المثل ، و الإجارة على العمل باقية ، و هو أحد الوجوه المحتملة فيه ، في المسالك ، فإنّه احتمل أن يكون المراد منه الفرق بين المعينة فتستقر دون المطلقة ، أو بين المعينة بوقت ، دون المتعلقة بالذّمة مجردة عن الزمان ، فتستقر في

(١) الوسائل الباب - ١٨ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ .

(٢) و (٣) و (٤) و (٥) الوسائل الباب - ٧ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ .

و ذيله .

الأولى دون الثانية ، لأن جميع الأزمنة صالحة لها ، أو بين الحرّ وغيره فتستقر في الثاني دون الأول .

لكن الأولين كما ترى ، وإن حكى أحدهما عن الشيخ ، وثانيهما عن المهذب البارع و إضاح النافع ، وأما الثالث فليس مشمولاً للعبارة ، ضرورة إرادة العين المملوكة على أنه سيصرح بخلافه في الاستيجار على قلع الضرس الشامل للحر وغيره ، بل قوله .

﴿ وكذا لو استأجر داراً وسلمها ومضت المدة ولم يسكن ﴾ ظاهر في كون المراد من الأول غير المعيّنة بوقت فلا معنى لحمل التفصيل عليه ، فيتعين حينئذ حمله على الأول .

لكن فيه أيضاً أنه إن كان المراد بالمطلقة غير المعيّنة من الدابة ، كما لو استأجر مئة دابة كلية موصوفة فدفع إليه الموجر المطابقة ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ولم يستوف فالمتجه حينئذ كونها كالشخصية بالقبض ، لأنه مشخص للكلية وإن أراد بالمطلقة الإجارة المطلقة بمعنى استيجاره مثلاً على حمل شيء إلى مكان معلوم من غير تعيين للحامل دابة أو غيرها ، فدفع دابة لذلك ولم يستوف ، فهو وإن كان يمكن منع استقرار الأجرة ، بمعنى " المدة " في مثله ، إلا أنه متناف لما فرض المسألة فيه ، وهو تسليم العين المستأجرة ، ضرورة عدمها في الفرض .

أللهم إلا أن يراد بها ما يشمل ذلك ، والأمر سهل في المراد من العبارة بعد معلومية الحكم على كل تقدير .

ومثل التسليم في ذلك كله بذل الموجر العين للمستأجر حتى مضت المدة المزبورة ، فلم يأخذها المستأجر بلاخلاف أجده فيه بين من تعرض له ، للأدلة السابقة . نعم ليس هنا أجرة المثل مع فرض فساد الإجارة ، لعدم القبض ، ولكن قد يشكّل ذلك في غير العين المشخصة المقيّدة بزمان ، بأن الحال فيه كدفع المديون الدين ، فامتنع الديان من قبضه ، وقد ذكر هناك غير واحد قيام الحاكم مقام المالك في

القبض ، بل قيل : فإن لم يكن فعدول المؤمنين ، وإن كان قد يناقش في قيامهم مقامه هنا بما ذكرناه في محله ، فينحصر الأمر حينئذ في الحاكم ، فإن لم يكن كان ثلثه من الديان .

و على كل حال يتجه الحكم هنا بذلك ، اللهم إلا أن يستند إلى الأدلة السابقة ، مؤيداً بأن القبض الذي تدور عليه هذه الأحكام عبارة عن التخلية التي قد فرض حصولها ، فلا يحتاج إلى الحاكم حينئذ ، لصدق القبض حينئذ فتأمل جيداً . ولو دفع المستأجر على عمل عيناً إلى الأجير ليعمل فيها العمل ، و كانت الاجارة مقدرة بالزمان حقيقة أو حكماً ، كما لو ذكر ابتداء العمل في وقت معين ، ثم لا يتوانى فيه حتى يتم فمضت المدة التي يمكن فيها العمل ، فلم يفعل ، و طلب المالك العين فلم يدفعها له ، صار غاصباً ، بل و إن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره ، و إن لم يطلبه المالك .

نعم لو لم تكن مقدرة بالمدة فالظاهر استحقاق الاجرة و ان طلبه المالك منه ، بل و كذا لو كانت المدة مذكورة شرطاً و إن تسلط على الخيار بفوات الشرط لكنه يستحق حينئذ أجره المثل * أو استأجر الحر * أو عبده * لقلع ضرره ، فمضت المدة التي يمكن إيقاع ذلك فيها * وكان الموجر باذلاً نفسه له * فلم يقلعه المستأجر ، استقرت الأجرة * أما في العبد الذي قد تسلمه فواضح ، لأنه من العين المستأجرة التي قد عرفت الكلام فيها ، و أمّا الحر فهو و إن كان قضية إطلاق المتن و محكي المبسوط و السرائر و التحرير و الارشاد ذلك فيه أيضاً ، بل عن التذكرة أنه الأقرب ، بل في المسالك الجزم به ، لبعض الأدلة السابقة .

لكن قد يشكك بما في جامع المقاصد و محكي مجمع البرهان من أن منافع الحر لا تدخل تحت اليد إستقلالاً ولا تبعاً ، لعدم ملكية العين ، و لذا لا تضمن إلا بالاستيفاء .

بل قيل : إنه خيرة نصب الشرايع و التحرير و جامع المقاصد و تعليق الارشاد

والمسالك والروضة والرياض ، وقد يدفع بأن منافع الحر بعد العقد عليها و استحقاقها صارت مالاً ، فمتى بذلها لمستحقها فلم يقبلها كان تلفها منه ، نحو غيرها من الأموال .

نعم يأتي الكلام السابق فيما إذا لم تكن مقيدة بزمان حقيقة أو حكماً من اعتبار تعذر الحاكم وعدمه ، هذا كله مع بقاء الألم الذي يقلع الضرر له عادة . ﴿أما لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجرة﴾ لتعذر متعلقها شرعاً باعتبار عدم جواز القلع ، وإدخال الألم على النفس بغير ضرورة ، فلا يصح الاستيجار عليه ، إذ هو حينئذ كالاستيجار على قطع اليد ونحوه من غير سبب يوجب ، أمّا لو فرض وجود سبب كالآكلة ونحوها ممّا يقطع بها عند العقلاء جاز بلا إشكال ولا خلاف كما هو واضح والله العالم .

﴿ولو استأجر شيئاً﴾ معيناً ﴿فتلف قبل قبضه بطلت الأجرة﴾ ، بالاختلاف أجده فيه كما اعترف به في محكي التذكرة لفحوى ما دل عليه في البيع من النبوي ^(١) وخبر عقبة ^(٢) وغيرهما ، بل ظاهر الأصحاب في المقام اتحاد الحكم في المقامين ، وأن المنفعة هنا بمنزلة المبيع ، والأجرة هنا بمنزلة الثمن .

ومن هنا يتجه جريان جميع ما تقدم هناك في المقام ، كالبحث عن تلف الثمن ، المعين ، وعن التلف بغير الآفة السماوية كتلف الأجنبي ، والبايع والمشتري ، وعن تقييد الحكم بما إذا لم يكن عدم القبض من امتناع المستحق ، أو بسؤاله البقاء في يد البايع ، وغير ذلك مما تقدم هناك فلا حظ وتأمل .

لكن قد يقال هنا إن الوجه في التعدية المزبورة مع اختصاص الدليل في البيع هو بناء أمثال هذه العقود على المعاوضة الشرعية والعرفية التي هي بمعنى تبديل سلطنة بسلطنة ، بل لعل ذلك من مقوماتها ، فتعذر حينئذ يقتضي انتفاؤها .

(١) المستدرك ج ٢ ص ٢٧٣ .

(٢) الوسائل الباب - ١٠ من أبواب الخيار الحديث - ١ .

لكن لا يخفى عليك منافاة ذلك لكثير مما تقدم في ذلك المبحث ، ضرورة ابتناؤه على أن الأصل اللزوم ، وأن العقد قدم مقتضاه الذي هو حصول الملك لكل من العوضين ، فتلف كل منهما حينئذ من مال مالكه إن لم يكن بعناية جان ، وإلا فعلى المتلف ، إلا أنه خرج التلف قبل القبض عن هذا الأصل بالدليل المزبور ، فينبغي الإقتصار على مؤداه ويبقى ماعداه على الأصل .

أللهم إلا أن يقال : إن التعدينية عن مفاد الدليل المزبور هناك وهنا دليل على فهم أن مبناه ذلك ، وإثبات الخيار في اتلاف الأجنبي والبايع لا يمكن المعارضة في الجملة بقاعدة من أتلف ، المفقودة مع التلف بأفة سماوية كما أن اللزوم بالتلاف المشترك باعتماد كونه كوصول العوض إليه ، لضمانه له لو انفسخ العقد ، ولذا لم يثبت خيارهنا ، بخلافه في سابقه المناسب لوضع الخيار ، باعتبار فوات حقيقة المعاوضة وثبوت مجازها بقاعدة من أتلف ، أمّا الآفة السماوية فقد انتفيا معاً ، ولذلك انفسخ العقد .

وكان العلامة نظر إلى ذلك فجعل التلف كاشقاً للفسخ من الأصل ، باعتبار أن حصول المعاوضة العرفية شرط في حصول المعاوضة الشرعية ، وإن كان قديداً يمنع ما يدل على ذلك .

بل أقصى ما يسلم أن إمكانها شرط في صحتها ، واستدامة الامكان الى حصول القبض شرط في الاستدامة ، ولذا كان مذهب الأكثر الإفساخ من حينه ، لا من الأصل والله اعلم .

﴿ وكذا ﴾ الكلام ﴿ لو تلفت عقيب قبضه ﴾ بلا فاصلة ، بعد ما عرفت أن المنفعة هي التي بمنزلة المبيع ، ولا ريب في تحقق تلفها قبل قبضها ، وإن كان بعد قبض العين التي تستوفى منها ، وليس في الأدلة ما يقضي بأن قبض العين للمنفعة بالنسبة إلى ذلك ، وإن كان هو كذلك بالنسبة إلى استحقاق تسليم الأجرة ونحوه .

﴿ أمّا لو انقضى بعض المدة ثم تلف ، أو تجدد فسخ الاجارة ﴾ بسبب من أسبابه ﴿ صح فيما مضى ، وبطل في الباقي ﴾ كتلف بعض المبيع ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ يرجع

من الاجرة بما قابل المتخلف من المدة ﴿ مثلاً إن ثلثاً قُتِلَتْ ، وإن نصفاً فنصف مع تساوى الاجزاء ، وإلا كما لو كان أجرة الشتاء غير الصيف قوم أجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلف ، وتنسب إلى المجموع ، ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة ، وكذا الكلام في المنفعة المقدرة بالعمل .

هذا كله إذا وقع عقد الإجارة على عين مشخصة ، أمّا إذا كانت كلية وقد دفع الموَجَّر فرداً ، قُتِلَ عند المستأجر ، فالظاهر عدم انفساخ الإجارة ، بل يفسخ الوفاء المزبور ، ويستحق عليه فرداً آخر ، ودعوى تشخيص الحق فيه ممنوعة ، كما عرفت سابقاً في نظائره .

﴿ و ﴾ كيف كان في « لا بد » من تعيين ما يحمل على الدابة إمّا بالمشاهدة ﴿ كما صرح به جماعة ، بل عن التذكرة أنها من أعلى طرق العلم . نعم فيها أيضاً « أنه لو كان في ظرف وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه » ولعل مراده أن المحمول إذا كان في ظرف ، ولم يعلم أنه من أي جنس ، والفرص اختلاف الأجناس في الثقل والخفة ، وجب امتحانه باليد ونحوه ، أمّا إذا كان مشاهداً على وجه يعرف جنسه ، فالظاهر الاكتفاء بها على الامتحان باليد ونحوها .

وكأنه إلى ذلك أشار في المسالك بقوله « لما كان الضابط التوصل إلى ما يرفع الجهالة ، لم يكف مطلق المشاهدة ، بل لابد معها من امتحانه باليد تخميناً لوزنه إن كان في ظرف ، لما في الأعيان من الاختلاف في الثقل والخفة مع التفاوت ولا فرق في الاكتفاء بالمشاهدة بين المكيّل والموزون ، وبين غيرهما ، وعدم الاكتفاء بها في البيع ، لكون المراد هنا القدر الذي لا تكفي هي فيه ، بخلاف المقام الذي يراد فيه الحمل الموقوف على معرفة الثقل والخفة ، الذين لا مدخلة لمعرفة المقدار فيهما ، ضرورة محسوسيتهما بالمشاهدة ، والامتحان باليد ونحو ذلك كما هو واضح .

﴿ وإما بتقديره بالكيل والوزن ﴾ او غيرهما ﴿ مما يرفع الجهالة ﴾ التي هي المانع في المقام ، ولذا لم يكتف بهما أي - الكيل والوزن - في غير المقدار ، ضرورة

اختلاف الجنس أيضاً في ذلك أيضاً ، فلا بد من معرفته منهما ، إذ القطن يضر من جهة انتفاخه ودخول الريح فيه ، فيزداد ثقله في الهواء ، كما أن الحديد يجتمع على موضع من الحيوان ، فربما عقره ، بل تحميل بعض الأجناس أصعب من بعض ، و يحتاج في الحفظ إلى أزيد من الآخر .

فاطلاق المصنف كالمحكى عن غيره محمول على إرادة الاكتفاء بهما من حيث المقدار ، لا بالنسبة إلى مثل ذلك ، على أن المصنف سيصرح بوجود ذكر الجنس والصفة والقدرة في غير المشاهدة .

﴿و﴾ على كل حال فلا يكفي ذكر المحمل مجرداً عن الصفة ولا راكب غير معين لتحقيق الاختلاف في الخفة والثقل بل ﴿ولا بد﴾ من مشاهدتهما ﴿مع ذكر المحمل من ذكر طوله وعرضه وعلوه ، وهل هو مكشوف أو مغطي ، و ذكر جنس غطاءه﴾ بل والوطاء و جنسه و عدمه ، و في الاكتفاء بوصف الراكب بالضخامة والنفاسة ليعرف الوزن تخميناً نظر .

بل وخلاف : فمن المبسوط و فقه الراوندي أنه لا يمكن العلم بالراكب إلا بالمشاهدة ، بل لعله ظاهر الوسيلة والتحرير والإرشاد وغيرهما ، لأن الرجل قد يكون طويلاً خفيفاً وقصيراً ثقيلاً ، مضافاً إلى اختلاف الرجال في الحركات والسكنات ، والوصف لا يضبط ذلك كله ، ولا يفيد ، فيكون غرراً .

بل ربما قيل : إن المشاهدة وحدها لا تفيد ذلك كله ، بل لابد منهما من ذكر الحركات والسكنات قلة وكثرة ، و في جامع المقاصد والمسالك و عن التذكرة و الايضاح الاكتفاء بذلك إذا كان تاماً . شتملاً على ذكر الوزن والطول ، والقصر والضخامة والنفاسة ، والحركات والسكنات و نحو ذلك .

بل لعله لا حاجة إلى ذكر الأخيرة ، لأنها اختيارية ، بل إن لم يحصل إجماع أمكن القول بما عن مالك من عدم الحاجة إلى تعيين الراكب بشيء من ذلك ، لتقارب الأجسام في الغالب ، وللتسامح في مثل هذا التفاوت واللسيرة .

نعم لو كان خارق المعتاد في الثقل احتج إلى المشاهدة أو الوصف القائم مقامها فتأهل جيداً .

﴿وكذا﴾ لك الكلام فيما ﴿لو استأجر دابة للحمل﴾ فانه ﴿لا بد من تعيينه﴾ أي المحمول ﴿بالمشاهدة أو ذكر جنسه و وصفه وقدره﴾ لتوقف رفع الجهالة والفرر على ذلك ، ولعل ما تقدم كان في الدابة التي قدرت منفعتها بالمدّة التي مثل بها المصنف سابقاً لذلك ، بخلاف هذا فإنه في الدابة المقدّرة بالعمل .

لكن فيه أولاً أنه ينبغي ذكر الجنس والوصف هناك أيضاً كما هنا ، وثانياً أنه قد يقال : مع التقدير بالزمان لا حاجة إلى التعيين بالمشاهدة ، ولا إلى غيرها ، فإنه يجوز إجارة الدابة للحمل مدة معينة مي غير تعيين للمحمول ، لكن لا يتجاوز المستأجر المعتاد كما يجوز الاستيجار للخيطة يوماً من غير تعيين أنها فارسيّة أو رومية ، لعدم الفرز .

بل هو أولى بالجواز من الاستيجار للخدمة مثلاً ، أو لمطلق الانتفاع به ، على معنى أنه يملكه بعقد الإجارة سائر منافعه مدّة معينة ، فينتفع به المستأجر ما شاء .

نعم يعتبر التعيين مع إرادة الخصوصية ، ويمكن أن يحمل على ذلك كلام المصنف وغيره و جامع المقاصد فيما لو قدر البناء بالزمان ، قال : ظاهر كلامهم أنه لا يشترط ذكر شيء من الأمور الثلاثة التي لا بد منها لو قدر بالعمل ، وهي الطول و العرض و السمك ، بل فيه أيضاً ذكر تعيين المحل و الآلة من لبن أو طين مثلاً احتمالاً .

و كذا صرح بعضهم بل غير واحد أيضاً بعدم الحاجة فيما لو استأجره لعمل اللبن إذا قدر بالزمان إلى معرفة الغالب و نحوه ، و فيما لو استأجره لحفر بئر أو نهر إلى معرفة الطول و العرض و العمق و نحوه مع التقدير بالمدّة فلاحظ وتأمل .
﴿وكذا﴾ لا بد من اشتراط المعاليق أي الآلات كالقربة و الاداة والسفرة و

نحوها ، إذا لم تكن هناك عادة تقضي بها بل ﴿لايكفي﴾ حينئذ ﴿ذكر﴾ ها أي
 ﴿الآلات المحمولة مالم يعين قدرها و جنسها﴾ للفرر .
 نعم لو شاهدها أو قدرها وعرف جنسها إرتفع الفرر ، كما أنه لو كانت هناك
 عادة تقتضي ذلك لم يحتج إلى شيء من ذلك كما هو واضح .

﴿و﴾ كذا الكلام في الزاد فلا بد حينئذ من اشتراطه مع عدم العادة بل (لايكفي
 اشتراط حمل الزاد مالم يعينه) أو يشاهده على حسب ما عرفت ، أمّا إذا كانت هناك
 عادة في حمله و في مقداره ، فلا حاجة إلى الاشتراط ، و إن اختلفت بالنسبة إلى طول
 السفر و قصره ، و كثرة اتباع الشخص و قلتهم و نحو ذلك . فإنه غير قاذح كما لا
 يقدر التفاوت اليسير في أفراد المعتاد الذي يتسامح في مثله .

﴿و﴾ على كل حال ﴿إذا فني﴾ كله أو بعضه بالأكل المعتاد ﴿ليس له حمل
 بدله﴾ من زاد فضلاً عن غيره ﴿مالم يشترطه﴾ لا بتناؤه في العادة على عدم البقاء ، وعلى
 عدم الإبدال ، فما عن المبسوط - من أنه إن أكله أو أكل بعضه كان له إبداله و
 إكماله على الأقوى ، بل عن التحرير أنه ليس بردي - في غير محله .

لكن في محكي التذكرة محل النزاع ما إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلية
 بسعر المنزل الذي هو فيه ، أمّا إذا لم يجده أو وجده بثمان أغلى فله الإبدال لامحالة ،
 بل عن المبسوط والتحرير مثل ذلك ، قلت : محل البحث أنه إذا استحق حمل الزاد
 للعادة يستحق حمل عوضه لو فني بالأكل كغيره مما استحق نقله ، أو أن العادة تقضي
 به على هذا الحال ، فلا يستحق حينئذ الإبدال .

نعم لو اشترط الإبدال صحّ كما أنه لو ذهب بسرقة أو سقوط أو نحوهما كان
 كذلك بلا خلاف في محكي المبسوط ، حتى لو أطلق اشتراط عدم الإبدال مع الأكل ،
 ضرورة تنزيله على المعتاد .

﴿فإذا استأجر دابة﴾ معينة ﴿اقتصر على مشاهدتها فإن لم يكن مشاهدة﴾ بل
 غائبة أو كانت كلية ﴿فلا بد من ذكر جنسها﴾ كالأبل ﴿و وصفها﴾ على وجه يرتفع

معه الفرد في الإجارة بذكر النوع من العرايى والبخاني **﴿و كذا الذكورة والانوثة إذا كانت للركوب﴾** ضرورة إختلاف الدواب بالنسبة إليه ، بل في محكى التذكرة و التحرير انه إذا كان في النوع ما يختلف مشيه جودة و رداة و جب ذكره ، و إن كانت مشاهدة كالخيل التي فيها القطوف و غيره .

أللهم إلا أن يقال : إن احتمال ذلك غير مؤد إلى الجهالة عرفاً في الإجارة خصوصاً مع غلبة الكيفية الخاصة من المشي في النوع الخاص على وجه يكون مخالفاً للأصل بمعنى الغالب ، ولعله لذا أطلق المصنف و غيره الاكتفاء بالمشاهدة أو الوصف الذين لا يفيدان ذلك .

بل ربما استفيد من اقتصار الارشاد و الروض و مجمع البرهان عليهما عدم اعتبار الذكورة والانوثة كما احتمله في جامع المقاصد والمسالك و محكى التذكرة ، لأن التفاوت بينهما يسير لا يمكن ضبطه ، فلا يكون معتبراً في نظر الشارع بخلاف الجنس و النوع ، و لو وجدها بخلاف الوصف تخير مع التعيين كما في المبيع و طالب بالبدل إذا كانت كلية ، وله الرضا بها عوضاً عن حقه .

هذا كله اذا كانت للركوب ولذا قال المصنف **﴿و يسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل﴾** كما صرح به في المسالك و محكى التذكرة ، بل قيل : انه قضية غيرها الا ان يكون المحمول مما تضره كثرة الحركة كالزجاج و الغاكهة فلا بد من معرفة حال الدابة ، كما عن التذكرة التصريح به .

لكن قد يناقش بأنه لا مدخلية لذكر الغرض المخصوص في رفع الجهالة المعتبر في الإجارة ، ولا يتوقف عليه ، كالعكس ، ومن هنا يتجه اعتبار المشاهدة أو الوصف في المعينة ، و إن كانت للحمل ، كما نص عليه بعضهم .

بل لعله كذلك أيضاً في الدابة الكلية ، ضرورة صدق الجهالة مع عدمه ، و إن لم يتضر المستأجر ، نعم لو كانت الإجارة للحمل في ذمة الموجد لم يحتج إلى ذكر الدابة ، فضلاً عن وصفها .

﴿و﴾ كيف كان ففي محكى المبسوط وغيره انه ﴿يلزم موجر الدابة كل ما يحتاج اليه﴾ المستأجر ﴿في اماكن الركوب﴾ على الوجه المعتاد في الدابة ﴿من الرحل و القتب و آلته و الحزام و الزمام﴾ و اللجام و السرج و الأكاف و الزاملة و الخداجة ﴿و﴾ غير ذلك مما يعتاد فعله للراكب بالنسبة الى كل دابة ﴿في رفع المحمل و شدة تردد، أظهره اللزوم﴾ وفاقا للفاضل و الكركي و ثامي الشهيدين وغيرهما للعادة ، بل في القواعد و غيرها زيادة حطه و رفع الأحمال و شدتها و حطها و القائد و السابق .

نعم قيد ذلك فيها و في المحكى عن تحريره بما إذا شرط المستأجر مصاحبة المؤجر ، و أما إذا آجر الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب، و عن التذكرة أنه أطلق القول بوجود هذه الأشياء ان كانت في الذمة ، و عدمه ان كانت معينة ، و إنما يجب عليه التخلية بينها و بين المستأجر ، و لا يجب أن يعينه في الركوب و العمل .

و عن ثامي الشهيدين أن هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبة ، أو قضاء العادة بها ، أو كانت الاجارة في الذمة ، أما لو كانت مخصوصة بدابة معينة ليذهب بها كيف شاء ، و لم تقض العادة بذلك ، فجميع ذلك على الراكب .

و التحقيق اتباع العادة في جميع ذلك وغيره ، كالدلالة على الطريق ، و الراكب مع العجز ، و ايقاف الدابة للصلاة و الحاجة و نحو ذلك ، و هي مختلفة باختلاف الأزمنة و الأمكنة ، لا يمكن للفقيه ضبطها ، بل هو ليس وظيفه الفقيه ، و إنما عليه ذكر الحكم كلياً ، و كل شيء لا تقضي به العادة أو شك فيه لا يجب بهد فرض عدم دلالة لفظ العقد عليه بإحدى الدلالات الثلاث ، و لا دليل شرعي يقتضيه ، و قد تقدم في باب البيع فيما يندرج في المبيع ماله نفع تام في المقام ، بل هما من واد واحد .

نعم قد يحتاج إلى النظر ، تحرير كون لزوم هذه الأشياء على الاشتراط ، فيتسلط المستأجر على الخيار بعدم الوفاء بها ، أو بعضها ، و أنها أيضاً بعض المنفعة

التي وقع عليها العقد على وجه تنقسط الاجرة عليها ، ويثبت خيار التبعية بها ، أو أنها مما وجبت بالعقد ويستحقها المستأجر ، بل ويملكها ، لكن على جهة التبعية ، فلا يقابل حينئذ بشيء من العوض .

ولعل " الاخير لا يخلو من قوة ، ومثل ذلك يجري في بعض توابع المبيع ، واثبات الخيار مع ذلك ايضاً لا يخلو من وجه ، خصوصاً في بعض الاشياء والمسألة غير محررة في كلام الاصحاب فلا حظ ما تقدم لنا في كتاب البيع ، فإن له نعماً في ذلك وغيره والله العالم .

ولو أجرها للدوران بالدولاب ، افتقر إلى مشاهدته لاختلاف حالته في الثقل والخفة ولو أمكن الوصف الراجع للجهالة كفى ، وكذا يشترط معرفة عمق البئر بالمشاهدة أو الوصف إن أمكن الضبط به ، وتقدير العمل بالزمان كالיום أو بملاء بركة معينة بالمشاهدة أو المساحة . لاسقي البستان ، وإن شوهده للاختلاف بقرب عهده بالماء وعدمه ، وحرارة الماء والهواء وبرودته .

ولو أجرها للزراعة فإن كان لحرث جريب معلوم ، فلا بد من مشاهدة الأرض أو وصفها لاختلافها بالصلابة والرخاوة ، وكثرة الحجارة وقلة تلك فبدون أحدهما يحمل الغرر ، بل عن التذكرة أنها لا تعرف بالوصف ، لأنها تختلف فبعضها صلب يصعب حرثه على البقر ومستعملها ، وبعضها رخو يسهل ، وبعضها فيه حجارة تتعلق بها السكة ، ومثل هذا الاختلاف إنما يوقف عليه بالمشاهدة ، دون الوصف ، لان الصلابة تختلف بالشدة والضعف ، والحجارة تختلف بتكثر العدد وقلة ، وإن كان قد يناقش بأن الوصف أقرب إلى الكشف من المشاهدة لظاهر الأرض ، الذي لا يعرف به حال ما يصل إليه العمل .

ودعوى أن المراد بالمشاهدة حين حصول حرثها قبل ذلك واضحة المخالفة لظاهر كلماتهم ، والتحقيق الدفاع الفرر بكل من المشاهدة والوصف التام . وكيف كان فلا يحتاج في مفروض المتن إلى مزيد من ذلك ، بعد فرض كون

الذي يريد حرثه جريب معلوم ، وقد شوهد أو وصف ، والاكتفاء بالعادة في معرفة السكة ومقدار نزولها في الارض ، كما عن التذكرة التصريح به ، بل قيل : إنه لا يحتاج إلى تعيين الثور ونحوه ، إلا أن تكون الاجارة واردة على عين .

قلت : قد يقال : انها وإن كانت واردة على عين إلا أنه لا مدخلية لمعرفتها بالمشاهدة أو الوصف في ذلك ، نعم قد يعتبر فيها عدم الإيهام كأحد هذين ونحو ذلك ، ولعل هذا هو الذي يريده القائل المزبور ، هذا كله في التقدير بالعمل .

﴿و﴾ أمّا ﴿إن كان﴾ قد استوجرت الدابة ﴿لعمل مدة﴾ ، كفى تقدير المدة عن مشاهدة الارض ووصفها نعم الظاهر وجوب معرفة الدابة كما صرح به في القواعد وغيرها ، لاختلافها في القوة والضعف على وجه يحصل الغرر باعتبار قلة الحرث وكثرته ، من غير فرق في ذلك بين وقوع الاجارة على عين الدابة ، أو في الذمة .

ومن هنا قال في محكي التذكرة وجامع المقاصد : إن كل موضع وقع العقد فيه على مدة فلا بد من تعيين للظهر الذي يعمل عليه ، لأن الغرض يختلف باختلاف الدابة في القوة والضعف ، وإن وقع على عمل معين لم يحتج إلى معرفتها لأنه لا يختلف حينئذ .

بل ظاهر الفاضل في القواعد وجوب تعيين الارض مع ذلك بأحد الأمرين أيضاً ، قال : « ولو استأجرت للحرث وجب تعيين الأرض بالمشاهدة أو الوصف ، وتقدير العمل بتعيينها أو بالمدة ، وتعيين البقر ، إن قدر العمل بالمدة ، وكان وجهه اختلاف الحرث باختلافها ، فلا يرفع الغرر بالتعيين بالمدة .

وفيه : أن العرف شاهد على ارتفاع الغرر بالضبط بالمدة وإن لم تشاهد الأرض ولم توصف ، ولذا جعلوا الضبط بها مقابلاً للضبط بالعمل ، والأصل في ذلك ما في محكي المبسوط ، فأما إن كان للحرث فلا بد من مشاهدة الثور ، أو يذكر ثوراً قويا من حاله وقصته ، وأن يذكر الأرض لأنها تكون صلبة ورخوة ، ولا بد من ذكر المدة ، وفيه مالا يخفى من عدم الاحتياج إلى المدة مع تقدير العمل بتعيين الأرض ، كما لا حاجة إلى تعيينها مع التقدير بالمدة على الأصح .

﴿و كذا﴾ الكلام ﴿في إجارة الدابة للسفر مسافة معينة﴾ أنّه ﴿لا بدّ من تعيين وقت السير ليلاً أو نهاراً﴾ كما عن الارشاد والروض ومجمع البرهان ، ﴿إلاّ أن يكون هناك عادة فيستغنى بها﴾ عن ذلك لانصراف اطلاق العقد حينئذ إليها ، فاذا اختلفا رجعا إليها ، بخلاف ما إذا لم تكن ، فانّ عدم التعيين مؤدّ إلى الفرر .

بل في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة لا بدّ أيضاً من تعيين قدر السير ، إلاّ أن تكون المنازل معروفة معتادة ، فلا يحتاج حينئذ إلى التعيين المزبور ، ويرجع عند الاختلاف إلى المعتاد أيضاً ، بل في محكي التحرير أنه لو لم يكن للطريق منازل معروفة فالأولى صحة العقد ، والرجوع إلى العادة في غير ذلك الطريق ، كما أنّه في القواعد وجامع المقاصد ومحكي التذكرة تقييد تعيين الأولين بما إذا كان السفر إليهما ، أما إذا لم يكن إليهما بل كانا تبعاً للمقابلة كسفر الحج ونحوه فلا حاجة إلى تعيينها ، بل لا وجه له كتعيين أوّل المدة .

وفيه : أن المتعجّر حينئذ البطلان ، لتحقق الفرر ، كما هو قضية المتن وغيره ممن أطلق مثله ، واحتمال عدمه في خصوص الغرض أو عدم قدحه كما ترى .

نعم يمكن أن يقال : إن معلومية صحة مثل ذلك بالسيرة القطعية تكشف عن عدم وجوب ذكر ذلك مطلقاً ، وأنه يكفي تقدير العمل بقطع المسافة المعيّنة من غير تعرض للوقت ولا للمقدار ، مثل الاستيجار على الخياطة والحيّاكة ونحوهما من الاعمال التي لا غرر عرفاً بعدم التعرض فيها لذلك ، على وجه يكون قادحاً في صحة الإجارة ، ولو لاّ أنها تحمل ما لا يحمله البيع ، ويكون الحكم فيها حينئذ وجوب الاجابة على كلّ منهما بالطلب والبذل ، مالم يكن هناك مانع واعتبار .

ولعلّه لذلك قد خلا كلام القدماء عن ذكر مثل ذلك كما قيل ، بل ظاهر المحكي عن الوسيلة والكافي عدم اعتباره ، قال فيه : « إذا استأجرت للركوب عين أربعة اشياء ، الراكب ، والطريق ، والمنزل ، والركوب بالمحمل أو الزاملة أو القتب بعد رؤية ذلك ومعالقتها ، ونحوه عن الكافي وظاهرهما الحصر وهو قوي جداً .

﴿ويجوز أن يستأجرا ثنان﴾ فصاعدا ﴿جملاً أو غيره للعقبة﴾ بمعنى أنهما يملكان منفعته مشاعة ، إلا أنهما يستوفيانها على التعاقب ، بلا خلاف ولا إشكال ، لا إطلاق الأدلة ﴿ويرجع في التناوب﴾ حينئذ زماناً أو فرسخاً ﴿إلى العادة﴾ إن كانت ويقتسمان بالسوية مع تساويهما ، وإلا فعلى ما وقع بينهما من التفاوت ، ويرجع في تعيين المبتدأ إذا لم يتفقا إلى القرعة التي هي لمثل ذلك .

وليس هذا من الجهالة في عقد الإجارة الذي ليس مقتضاه إلا ملك المنفعة لمن تنتقل إليه وقد حصل ، فما عن التذكرة - من احتمال عدم الصحة مع عدم تعيينه للجهالة والتنازع - في غير محله ، وكذا ما في جامع المقاصد والمسالك من أن القول بالقرعة بعيد ، لأن محلها الأمر المشكل ، والإشكال في عقد المعاوضة موجب للجهالة ، ومفض إلى التنازع ، ضرورة أن الإشكال المزبور خارج عن مقتضى عقد المعاوضة ، وإما اقتضاه اختلاف الشركاء .

نعم يجب التعيين إذا كان الاستيجار لثنين نوباً معينة بالمدّة ، أو بالفراسخ لأعلى سبيل الإشاعة ، وإلا كان مجهولاً لا إشكال في بطلان العقد معه ، كما لا إشكال في صحته مع التعيين ، ولا يحتاج إلى قسمة فيه ، لعدم الشرّة ، لا دون المفروض ضبط نوبة كلّ منهما ، ومن ذلك كلّ ما يظهر لك ما في مناقشة الكركي للفاضل في القواعد فلاحظ وتأمل والله هو العالم .

﴿وإذا اكترى دابة﴾ مثلاً ﴿فسار عليها زيادة عن العادة أو ضربها كذلك أو كبسها﴾ باللبام ﴿من غير ضرورة﴾ أو نحو ذلك مما هو غير جائز له ﴿ضمن﴾ بلا خلاف كما اعترف به في محكي التذكرة ، بل عن الغنية الإجماع عليه ، بل ولا إشكال لأنه متعدّ بفعله ، وإنما له ضربها بما جرت العادة به ، وكذا فكبسها باللبام وحسبها على السير ، للأصل والسيرة وتوقف استيفاء المنفعة عليه في الجملة ولأن النبي ﷺ « نخس بعير جابر وضربه » ولأن ذلك من مقتضى عقد الإجارة .

بل في القواعد والمسالك ومحكي المبسوط والخلاف والتحريير وموضع من التذكرة التصريح بعدم الضمان لو تلفت بذلك ، وفي جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوة

للاصل ولاقتضاء العقد جواز الأفعال المزبورة ، فهي كالمأذون بها صريحا ، فلا يترتب عليها ضمان بل لا يشملها عموم من أئلف ، بعد فرض الإذن ، وكون التلف بها كالتلف باستيفاء المنفعة المعقود عليها ، ومن ذلك يعلم ما عن موضع آخر عن التذكرة من ضمان الضرب ، وإن كان على المعتاد ، لأن الإذن منوط بالسلامة ، وفيه ما لا يخفى ، والرايض للدابة يضمنها أيضاً إذا خرج برياضته عن المعتاد بين الروض ، لمثل هذا المروض ، أمّا إذا لم يخرج فعن المبسوط والتذكرة لا يضمن أيضاً وكذا الراعي لا يضمن ما يرعاه بضر به المعتاد ، كما عن ظاهر القواعد وعن صريح غيرها ، كل ذلك لبعض ما عرفت أوجبه . لكن صريح غير واحد بضمن المعلم إذا ضرب الصبي للتأديب ، بل عن حدود المسالك نسبة ضمان الأب والجدة له لو أدباه إلى الأصحاب ، فضلا عن المعلم ، بل قال : إن ظاهرهم الوفاق على ذلك ، بل عنه في موضع التصريح بالاجماع ، ويمكن حمل كلامهم على ما إذا تجاوز المعتاد في التأديب خطأ فلا ينافي ما هنا حينئذ أو يقال : إنه أجبر والأجبر يضمن بجنائته ، وإن لم يقصر كالطبيب ، وفيه ان الرافض حينئذ كذلك ، أو يجعل الاجماع فارقا والله هو العالم .

﴿ ولا تصح إجارة العقار ﴾ للسكنى أو للزرع أو للغرس أو للبناء أو للجميع
﴿ إلا مع التعيين بالمشاهدة ، أو بالإشارة إلى موضع معين موصوف بما يرفع الجهالة ﴾
في الإجارة ﴿ ولا تصح إجارته في الذمة ، لما يتضمن من الغرر ﴾ الناشي من عزّة الوجود باعتبار تعسر تحصيل الموصوف بالصفات الرافعة للجهالة في غير المعين ، ولذا لم يجز السلم فيه .

ومن ذلك تعرف ما في المسالك من النظر فيما في المتن بأن الوصف الرافع للجهالة كيف يجامع الغرر ، والفرق بينه وبين المعين الموصوف غير واضح ، وفيه ما عرفت ، ولعل إطلاق القواعد وغيرها الاكتفاء بالوصف منزل على إرادة الوصف المعين ، لا الكلي ، لما عرفت من الغرر فيه ، أللهم إلا أن يفرض ارتفاعه .

﴿ بخلاف استيجار الخياط للخياطة ، والنساج للنساجة ﴾ ونحوهما فإنه

تجوز الاجارة في الذمة فيها ، للأصل ﴿و﴾ لعدم الغرر المزبور فيها .
 نعم ﴿و﴾ إذا استأجره ﴿و﴾ أي الخياط ﴿و﴾ مدة فلا بد من تعيين الصانع دفعاً للغرر
 الناشئ من تفاوتهم في الصنعة ﴿و﴾ بطأ وسرعة ، ومنه يحصل الغرر بدون التعيين ، نحو ما
 سمعته في الاجارة على الحرث مدة ، أما إذا كان التعيين بالعمل لم يحتاج الى ذلك ،
 لعدم الغرر فيه حينئذ مثل الاجارة على حرث جريب معلوم ، فانه لا يحتاج فيه الى
 تعيين الدابة كما عرفت .

﴿و﴾ ولو استأجر لحفر البئر ﴿و﴾ أو نهر أو عين فلا اشكال كما لا خلاف في الصحة لكن
 ﴿و﴾ لم يكن ﴿و﴾ له ﴿و﴾ بد من تعيين الارض ﴿و﴾ بالمشاهدة أو الوصف بالإشارة إلى موضع
 معين ، على وجه يرتفع غرر الاجارة ، ودعوى انحصار ذلك بالمشاهدة واضحة الفساد
 بل ربما كان الوصف اشد من المشاهدة في ذلك .

وهل يعتبر في التعيين المزبور تشخيص الأرض التي يراد حفرها بئرا ، فلا تكفي
 مشاهدة قطعة واسعة من الأرض ، أو وصفها بما يرفع الغرر ، ثم الاستيجار على حفر بئر
 مثلاً في موضع منها غير معين ، والخيار بيد المستأجر ؟ لم أجد فيه نصريحاً من أحد ،
 لكن لم تبعد الصحة .

بل لا يبعد استيجار قطعة منها كذلك للزرع ، ونحوه على جهة الإشاعة ، أما
 بدونها بناء على صحة تعلّق مثل الاجارة في الكلّي في الخارج لا على جهة الإشاعة
 فيمكن الصحة أيضاً وفي تنزيل الإطلاق على أيّهما ما تقدم في بيع الصاع من الصبرة ،
 إذا لمسألة على الغرض المزبور من واحد واحد .

نعم قد تتحمل الاجارة من الغرر ما لا يتحمّله البيع ، ولا ينافي ذلك ما تقدم من
 عدم صحة اجارة العقار في الذمة ، إذ ذلك إنما هو على طريق الكلّي في السلم ، لا مثل
 الإشاعة ، بل ولا مثل الكلّي المزبور في وجهه ، فتأمل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال فلا بد أيضاً من ﴿و﴾ قدر نزولها وسعتها ﴿و﴾ لتوقف رفع الغرر
 على ذلك ﴿و﴾ ولو حفرها فانهارت ﴿و﴾ جميعها ﴿و﴾ أو بعضها لم يلزم الانحياز لإزالته ﴿و﴾

للأصل وغيره ، ﴿ وكان ذلك إلى المالك ﴾ كما لو وقع فيها دابة أوحجر أو نحو ذلك إذا لا جبر قد امتثل ما وجب عليه ، ولم يتضمن عقدا لا جارة إخراجة ، فلو فرض بقاء شيء منها غير محفور وامتنع المالك من إخراجة كان التقصير من قبله ، كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها .

نعم لو وقع فيها من تراب الحفر لعدم أبعاد الأجير له على حسب العادة ، وجب إزالته عليه ، دون المستأجر ، لوجوب الأبعاد كذلك عليه ، فهو حينئذ من فعله ، بل لم يأت بالحفر المراد منه ، بعد فرض انصراف العرف إلى المزبور كما هو واضح .

﴿ ولو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقي ﴾ أو تعسر ﴿ إما لصعوبة الأرض أو مرض الأجير ﴾ المشروط عليه المباشرة على وجه يتحقق معه العجز ﴿ أو غير ذلك ﴾ من الموانع التي يفسخ العقد معها أو يسلط على الخيار ، واختار الفسخ ﴿ قوم حفرها وما حفر منها ﴾ ثم نسب الثاني إلى الأول ﴿ ورجع ﴾ الأجير ﴿ عليه بنسبته ﴾ المزبورة ﴿ من الأجرة ﴾ المسماة بالعقد ، إن نصفاً فنصف ، وإن ثلثاً فثلث ، من غير فرق بين متفاوت الأجزاء ومختلفها ، بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال .

فلو فرض تساوي أجرة الأجزاء فله من الأجرة على مقدار ما عمل ، كما إذا استأجره على حفر بئر عمقه وطوله وعرضه عشرة عشرة فحفر بئراً عمقه وعرضه وطوله خمس خمس فله ثمن الأجرة المسماة ، لأنه قد عمل ثمن العمل ، وذلك لأن مضروب العشرة في العشرة مائة ، وهي في العشرة الثالثة ألف ومضروب الخمسة في الخمسة خمس وعشرون وهي في الخمسة الثالثة مائة وخمس وعشرون ، وهو ثمن الألف فالأجير حينئذ لم يحفر من النصف الأسفل شيئاً وهو خمسمائة ، ولا من نصف النصف الأعلى وهو مائتان وخمسون ، ولا من نصف نصفه ، وهو مائة وخمسة وعشرون ، فهذه سبعة أثمان ، لم يحفر منها شيئاً ، وإنما حفر الثمن وهو مائة وخمس وعشرون هذا .

﴿ و ﴾ لكن قال المصنف ﴿ في المسألة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة ﴾

إلا أنالم تتحققه لأحد ممن تقدمه ، إذالشيخ بعدأن ذكر ماقدمناه قال : وروى - مشيرا بها إلى مارواه هو في التهذيب ^(١) في باب الزيادات في القضايا والأحكام - « عن سهل بن زياد عن معاوية بن حكيم عن أبي شعيب المحاملي قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل قبل رجلا أن يحفر له بشرا عشر قامات ، بعشرة دراهم ، فحفر له قامة ، ثم عجز قال : تقسم عشرة على خمسة وخمسين جزء ، فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى ، والاثنين للثانية ، والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا الحساب إلى العشرة » .

وهي مع عدم معرفة طريق الشيخ إلى سهل وجهالة الرفاعي - غير أنه من أصحاب الصادق عليه السلام - لم يعمل بها أحد من الأصحاب ، إلا ما يحكى عن ابن سميدي الجامع ، ومخالفته للضوابط من وجوه ، فوجب طرحها ، على أنه قدردّها بعضهم بأنها واقعة خاصّة ، وحكم في عين ، فلاعموم لها ، وإن كان هو كما ترى ، ضرورة أنها من ترك الاستفصال ، لامن الأفعال التي لاعموم لها ، نحو قضى أمير المؤمنين عليه السلام وسجن ونحوهما .

نعم يمكن حملها وإن بعد على ما إذا تناسبت القامات على وجه يكون نسبة القامة الأولى الى الثانية أنها بقدر نصفها في المشقة ، والاجرة ، وهكذا وذلك يقتضى جمع الأعداد الواقعة في العشرة فما بلغت قسّطت عليه الأجرة ، ولا ريب أن الأعداد في العشرة كواحد واثنين وثلاثة إليها إذا جمعت بلغت ذلك .

فإن ضابطه أن تضرب عدد القامات في نفسه فما بلغت زادت عليه عشرة المسمى بجذرها فنصفته ففي المسألة مضروب العشرة في نفسها مائة ، وجذر ذلك عشرة إذا نصفتها ، كان خمسة وخمسين ، وذلك مجموع الأعداد التي تضمنتها العشرة .

وعلى كل حال فلو عمل به احتمل تعدّيه ، فتقسم الخمسة إلى خمسة عشر ، لأن ضربها في نفسه خمسة وعشرون فإذا زادت عليها جذر وهو الخمسة كان نصفها خمسة عشر ، ولو استأجره لحفر أربع قسّطت على عشر ، لأن مضروبها ستة عشر ،

وبزيادة الجذر تكون عشرين ، فنصفها عشرة ، وهكذا إلا أنك قد عرفت الحال في الأصل ، فضلا عن التعدية ، نعم لا بأس بها بناء على الحمل المزبور والله هو العالم .
 ﴿ ويجوز استيجار المرأة للرضاع مدة معينة باذن الزوج ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به في محكي الخلاف ، والسرائر ، بل في محكي التذكرة اجماع أهل العلم على جواز استيجار الظئر تارة ، وأخرى الاجماع على جواز استيجارها للرضاع والحضانة ، معاً ، وللحضانة دون الرضاع .

مضافاً إلى قوله تعالى ^(١) « فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ » حيث أطلق الأجر على ما يقابل الرضاع الذي هو سقي اللبن على الوجه المعروف ، وإلى ما أرسله غير واحد من فعل النبي ﷺ والائمة ذلك ، وإلى ما في القواعد ومحكي التذكرة والاضاح من الاستدلال عليه أيضاً بالحاجة ، وإن كان قد يناقش بأنها لا يجوز ما لا يجوز .

نعم يناسب أن تكون سرّاً لشرعية الحكم ، كما أنهار بما تصلح سبباً للشرعية إذا انحصر الأمر في ذلك على وجه يكون التكليف بتركه عسراً وحرماً لا يحتمل عادة ، كصحة البراءة للطبيب من الضمان ، بخلاف المقام الذي يمكن أن يكون بالصلح أو بالشرط أو بغير ذلك من الطرق الشرعية التي لا تعارض قاعدة الإجارة مثلاً ، فالأولى حينئذ الاستناد إلى ما عرفت من الاجماع والآية ، ومقتضاها الجواز من دون ضم الحضانة كما هو صريح جماعة وظاهر آخرين .

فما عن بعضهم من اعتبار ضمها في الصحة في وجه لا وجه له ، والمراد بها حفظ الولد وتهيئته ودهنه وكحلّه ، وغسل خرقة وتنظيفه وجعله في سريرته وربطه وسائر ما يحتاج إليه ، ضرورة تطابق النص والفتوى ومعقد الإجماع على جوازها للرضاع وهي غيره بل ولا من لوازمه كما هو واضح .

ولقد أجاد في جامع المقاصد حيث أنه بعد أن ذكر احتمال المنع لتناول الإجارة

(١) سورة الطلاق الآية - ٦ .

الاعيان ومع ذلك فهي مجهولة وليست موجودة قال : « ولا وجه له بعد ثبوت النص ، لكن قال فيه في موضع آخر : « ولو قيل أن المستأجر عليه هو الفعل الذي لا ينفك عن اتلاف اللبن ، وهو إيصاله إلى معدة الصبي » وتلويث الثوب في الصبغ ، فتكون العين تابعة ، ولا تخرج الاجارة عن مقتضاها أمكن ، كما أنه قال في المحكي عن التذكرة في موضعين « الأقرب أن الذي يتناوله عقد الاجارة بالاصالة فعل المرأة ، واللبن مستحق بالتبعية كالبئر تستأجر ليستقى منها الماء ، والدار تستأجر وفيها بئر ، فإنه يجوز الاستقاء منها ، بل عن فخر المحققين أن ذلك هو الذي حققه والده ، وقال : إنه هو الذي تدل عليه الآية ، لأنها دالة على الفعل واللبن » .

قلت : ذلك كله لا يقتضى بقاء الاجارة على مقتضاها ، ضرورة عدم الفرق في خروجه عنه بين دخول اللبن والصبغ مع الفعل ، وبين استقلاله وتبعيته ، مع أنه المعصود الأعظم لا يقتضى ذلك .

على أن من المعلوم صحة الاستيجار على الصبغ ، وإن كان الملوث للثوب فيه المالك دون الصابغ كما قد يقوى الاستيجار للرضاع من دون فعل من المرأة ، حتى وضع الثدي في الفم بأن يضعه المستأجر فيه دونها ، والامتناع من الطفل ، فلم يكن عمل منها أصلاً تستحق عوضاً عليه ، فضلاً عن مقابلته بتمام الأجرة ، كما أنه لو رضع الصبي منها وهي نائمة ، استحققت الأجرة وإن لم يكن منها فعل .

ومن هنا استدلل الفاضل في المحكي من تحريره وقواعده على أن المعقود عليه نفس اللبن باستحقاق الأجر عليه ، بانفراده دون الأفعال بانفرادها ، وإن اعترضه في جامع المقاصد أيضاً بما لا يسلم استحقاق الأجرة باللبن بانفراده ، مالم يسير الممرضة في معدة الصبي ، ولا يلزم من عدم استحقاق الأجرة بالأمور الباقية ، بانفرادها استحقاقها في مقابل اللبن وحده ، لم لا يجوز أن يكون في مقابلة الجميع .

بل في المسالك الأجود أن المقصود مجموع ما ذكر من المنافع مع عين اللبن

وجوازه حينئذ مع أن بعض متعلقها عين ذاهبة ، للنص وهو الآية ^(١) وفعل النبي ﷺ والائمة عليهم السلام .

ثم قال : ويمكن أن يقال : على تقدير كون المراد المجموع أن اللبن يكون تابعا لكثرة قيمة غيره ، وقلة قيمة اللبن وإن كان اللبن مقصودا من وجه آخر ، ويثبت للتابع من الحكم المخالف ما لا يثبت للمتبوع ، ومثله القول في الصبغ ، لكن لا يخفى عليك ما في الجميع ، خصوصا دعوى التبعية المزبورة التي هي مع أنها خلاف الواقع إن أريد بها بالنسبة إلى القصد والغرض ، خصوصا بالنسبة إلى الصبغ لأداعي إلى ارتكابها بعد الدليل ، ولو أن الإجارة بمثل ذلك تكون على مقتضاها ، لاتبه التعدية إلى غير المقام مما هو معلوم عدمه ، والآية وإن كانت بلفظ الارضاع ، لا الرضاع ، إلا أنه هو المراد به ، ولكن عبر به لغلبة الرضاع بالارضاع .

ومن هنا يتجه جواز استئجار الشاة لرضاع الصبي ، أو سخله كما نص عليه في القواعد ، ومحكي غيرها ، بناء على القطع بعدم خصوصية للمرأة ، كالقطع بعدم الفرق بين الحرية والأمة والصبي وغيره ، وإن كان ظاهر الآية الأولى ، بل ربما قطع بعضهم بعدم خصوصية الرضاع ، فجوز استئجار الشاة للحلب ، وربما يؤيده ما ورد في النصوص وحكي عليه الاجماع من جواز إعارتها لذلك ، وما تصح إعارته تصح إجارته ، كما عرفته فيما سبق .

نعم لا يتعدى من ذلك إلى جواز إستئجار البئر للاستقاء منها ، ولذا منعه في جامع المقاصد ومحكي الحواشي ، وموضع من التذكرة ، ولا الشمع للإشعال والطعام للاكل ، كما صرح به في القواعد ، بل ظاهر السرائر الاجماع على ذلك .

نعم قد يجوز الاستقاء من البئر عند إطلاق إجارة البئر ، للأذن فيه عادة على وجه يكون كالشرط ، وكذا لا يتعدى إلى جواز إجارة الشجرة لثمرتها ، والدابة لنتاجها ، ولا إلى شيء من الظروف للامتصاص مما فيها ، ولا إلى غير ذلك مما فيه إلتلاف

عين إلّا ما قام عليه الدليل مما عرفت ، ومن الصبح ومن استيجار الفحل للضراب الذي يمكن تحصيل الإجماع على جوازه ، مضافاً إلى السيرة ، ومن استيجار الحمام وإن استلزم إتلاف الماء ، كما عن الأيضاح وحواشي الشهيد التصريح به ، بل ربما يكون هو المقصود .

على أنه يمكن أن يقال : إن ذلك والحمام من اشتراط البذل للعادة ، لكن في القواعد والمحكي من جامع الشرايع «إجارة الحمام للبلث فيه واستعمال الماء تابع» ويمكن أن يريد ما ذكرنا ، وإن كان يأباه لفظ التبعية .

أللهم إلّا أن يراد منها التبعية في عقد الاجارة ، لافي القصد .

وفي محكي التذكرة تارة أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الاجارة للحاجة والضرورة ، كاستيجار الحمام المشتمل على استعمال الماء وإتلافه ، وأخرى هل المدفوع إلى الحمامي ثمن الماء ويتطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل ، أو المدفوع أجره الحمامي والسطل وأما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض .

وكان مراده أن ما في أيدي الناس من دفع العوض بالدخول إلى الحمام هو نقل عين ، والمنافع تابعة ، أو بالعكس ، ولعل الأقوى الثاني ، وأنه جاز للسيرة ، وأنه من اشتراط البذل للعادة أو لنحو ذلك ، ولا يحتاج إلى تكلف كون الجميع منافع حتى استعمال الماء ، وإن استلزم ذلك إتلاف بعض أجزاء الماء ، ضرورة كونه كإتلاف بعض أجزاء الثوب مثلاً بالاستعمال ، فإن المراد الانتفاع به بعقد الاجارة مجموع أجزاء ماء الحمام ، لا خصوص التالف منها ، وذلك باق ، ولم يقتض عقد الاجارة إتلافه ، حتى ينافي مقتضاها ، ولا يقدح في ذلك عدم ضبط المدة ، ولا الإجارة لأشخاص متعددين ، من غير فرق بين أول داخل وغيره .

على أن ذلك لازم على تقدير كون الإجارة للحمام أيضاً لكن لا يخفى عليك أن التزام ما ذكرناه أولى من ذلك كله ، ولولا ظهور كلام من تعرض لذلك ، في أن الحمام من الإجازات لا يمكن القول بأنه من الإباحات للأعيان والمنافع بعوض ،

وهي قسم مستقل برأسها ، لا تدخل تحت عقود المعاوضة ، ولها أفراد كثيرة كما حررناه في غير المقام .

وكيف كان فهذا كله إذا أذن الزوج ﴿ فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ تَرَدَّدٌ ﴾ بل عن المبسوط والخلاف والسرائر عدم الجواز ، لأنه مالك منافعها ، بل لمنافاته لحق الاستمتاع بها الذي لا بد لها من التهيأ له ، في كل وقت محتمل ، إذ لم يعلم متى يريد منها ، ولذا لم يجز لها الصوم من دون إذنه .

﴿و﴾ لكن ﴿الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه﴾ وفاقاً للكركي والفاضل ، وثاني الشهيدين ، للاصل السالم عن معارضة ما سمعت ، بعد فرض وقوع الاجارة حال عدم معارضة حق الزوجة لغيبته ، أو لمرضه أو لغير ذلك من موانع الاستمتاع ، على وجه يوفق به عادة ، ضرورة اعتبار عدم استغراق الأوقات في الاستمتاع الذي ليس للزوج غيره من باقي منافعها ، فهي مسلطة عليها ، ومنع الصوم بدون إذنه بعد تسليم عدم تقييده بما عرفت أيضاً للدليل ، ولو فرض اتفاق إرادة الاستمتاع في الزمان المزبور كان له ذلك ، لوجوب تقديم حقه على حق المستأجر فتتفسخ الاجارة حينئذ في الزمان المزبور ، ويتسلط المستأجر على فسخ الباقي .

وكذا الكلام في غير الرضاع من الاعمال خصوصاً غير المقيّد منها بزمان ، ولو فرض تقدم الاجارة على النكاح ، فلا اعتراض للزوج قطعاً كما صرح به غير واحد لسبق الحق ، ولكن له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع ، وليس لولي الطفل منعه من الوطى مع عدم تضرر الولد به ، أمّا إذا تضرر فله ذلك ، لسبق حقه ، ولو كان المستأجر للارضاع الزوج جاز ، وللولده منها ، وكذا غيره من الاعمال .

خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة في الثاني ، فلم يجوز للطبخ وما أشبهه ، لأنه مستحق عليها في العادة ، ولا ريب في بطلانه .

وللمحكي عن الشيخ وأصحاب الرأي والشافعي في الأول ، فلم يجوزوا استيجارها لارضاع ولده منها ، لأنها أخذت منه عوضاً في مقابلة الاستمتاع ، وآخر

في مقابلة التمكين والجس فلا يلزمه عوض آخر .

وفيه : مع شمول الدليل الولد من غيرها ، والانتقاص باستيجارها لغيره من الأحمال أن التمكين و الاستمتاع غير الحضانة و الإرضاع واستحقاق منفعة لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر ، ودعوى كون اللبن للزوج واضحة المنع ، لعدم الدليل ، ونشر الحرمة منه أعم من ذلك ، ﴿و﴾ على كل حال فلا بد من مشاهدة الصبي ﴿الذي﴾ استوجرت لإرضاعه ، بإخلاف أجدده فيه ، لاخلاف الصبيان فيه باختلافهم في الصغر والكبر ، والنهمة والقناعة ، وغير ذلك مما تختلف الاجرة باختلافه على وجه تتحقق الجهالة مع عدمه .

بل لو فرض عدم معرفة ذلك بالمشاهدة النظرية وجب اختباره لمعرفة ذلك ، بل هو كذلك في كل ما قلنا باعتبار المشاهدة فيه ، بل ربما أوماً اقتصار المصنف وغيره عليها ، إلى عدم الاكتفاء بالوصف ، لكن عن الأردبيلي الاجتزاء به كالأركب ، ولا بأس به مع فرض ارتفاع الجهالة ، بل قيل ظاهر جماعة عدم اشتراط هذا الشرط من أصله ، لاقتصارهم على ذكر المدة ، وإن كان كما ترى ، ضرورة إرادتهم ذلك في مقابلة الضبط بالعمل ، لا ما نحن فيه ، فيمكن ترك تعرضهم لوضوحه ، كترك الأكثر التعرض للصبي التي من الواضح مساواة حكمها لحكمه .

نعم لو استأجرت على وجه تستحق منافعتها أجمع التي منها الرضاع أمكن حينئذ عدم اعتبار مشاهدة الصبي .

وأما تعيين المرضعة فظاهر جماعة اشتراطه ، ومنهم المصنف كما ستعرفه عند قوله ، فإن مات إلى آخره كما أنك قد عرفت الحال في مخالفة الرضاع قواعد الاجارة وأنه ينبغي الاقتصار فيه على المتيقن او كالمتيقن دون المشكوك فيه والله هو العالم . ﴿وهل﴾ يشترط ذكر الموضع الذي ترضعه فيه قيل : ﴿﴾ والقائل الفاضل في قواعده والمحكي من تذاكرته وثألي المحققين والشهيدين ومحكي المبسوط والوسيلة ﴿نعم﴾ لاخلاف المحال في السهولة والصعوبة ، والوثاقة في الحفاظ وعدمه ، وغير ذلك

﴿و﴾ لكن مع هذا ﴿فيه تردد﴾ مما عرفت ، ومن تفاوت الأغراض لامما يقوقف عليه ارتفاع الجهالة في الاجارة ، ولذا لا يعتبر التعرض له في باقى الأعمال المتفاوتة بالنسبة إلى ذلك . بل لعل هذا هو الأقوى ، وحينئذ فلها فراغ ذمتها في أى مكان .

﴿و﴾ على كل حال ﴿ان مات الصبي أو المرضعة﴾ المعينة ﴿بطل العقد﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لتعذر المستأجر عليه حينئذ ، بل ربما ظهر من اطلاق المتن كالمحكى من المبسوط والتذكرة البطالان بموت المرضعة وجوب تعيينها كالصبي ، للغرر الذي لا يمكن ارتفاعه بوصف الكلي والاقتصار فيما خالف ضابط الاجارة على المتيقن .

ودعوى القطع بعدم الفرق ممنوعة ، لكن في القواعد وجامع المقاصد والمسالك ومحكى السرائر والحواشى تقييد ذلك بما اذا كانت معينة ومقتضاه حينئذ ما صرح به في الثلاثة الأول منها الصحة مع عدم تعيينها ، ولعله الأقوى وحينئذ فلا تنفسخ بالموت كغيره من الاعمال المستأجر عليها في الذمة ، فيخرج حينئذ أجرة المثل من تركتها ، كما في القواعد وغيرها .

قيل : وتدفع إلى ولي الصبي ، وفيه أن المتبجء بناء على ذلك الاستيجار بها عنها ، لعدم إنفساخ الاجارة بعدم تعذر العمل المستأجر عليه . بعد فرض كونه في الذمة .

نعم لو تراضيا على دفع ذلك اليه عوضاً عن العمل المستحق ، أو كان أصل الاستيجار ممتنعاً لتعذره بالمرءة ، جاز حينئذ دفعه إلى الولي مع احتمال انفساخ الاجارة في الأخير بسبب التعذر المزبور ، لصيرورته كالمعين الذي قد تعذر ، ولو أطلق العقد فهل ينزل على المباشرة أو على المضمون ؟ وجهان ، ولعل الأول لا يخلو من قوة للتبادر . ومن هنا قال في القواعد : « إنه لو دفعت المرضعة الصبي خادمتها فالأقرب عدم استحقاق الاجرة ، لعدم العمل المستأجر عليه ، والتبرع بارضاع الجارية إذ هو حينئذ

كما لو سقته لبن الغنم ، ولو اختلف المستأجر والمرضعة في ارضاعها نفسها ، وارضاع غيرها أو عدم الرضاع ، فالظاهر تقديم قولها لو ادعتته ، لأنها أمانة ، ولأنه فعلها وتعرض الاشهاد عليه ليلاً ونهاراً والله هو العالم .

ولا فرق في جميع الأحكام المزبورة بين الأمة والحرّة ، فإن السيد يجوز له اجارة أمته للارضاع وجبرها عليه ، لأنها ملكه من غير فرق بين القنة والمدبّرة وأمّ الولد . نعم الظاهر عدم ذلك في المكاتب ولو مشروطة ، والمبعضة إلا باذنه ، لكن عن المبسوط وموضع من التحرير أن له أن يجبر المشروطة ، وهو كما ترى .

نعم في القواعد ومحكي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد أنه إن كان لاحديهن ولد لم يجز له أن يوجرها ، إلا أن يفضل عن ولدها وإن كان مملوكاً له ، لأن السيد إنما يملك فاضل حاجة مملوكه .

قلت : لا فرق بين المملوكة والحرّة إذا تعين عليها ارضاع ولدها ، نعم لو أقام مرضعة غيرها ترضعه كان له إيجارتهما ، ولو كانت الأمة مزوّجة ، جرى عليها ما عرفته من حكم الحرّة بالنسبة الى الاستيذان وعدمه .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ ﴿ لومات أبوه ﴾ أي المرضع ﴿ هل تبطل يبنى على القولين ﴾ في موت المستأجر إذا كانت الاجارة أصالة ، وقد عرفت الحال فيهما سابقاً ، لكن عن السرائر البطلان هنا مع قوله بالعدم هناك ، ولا يرى له وجهاً ، أما إذا كانت الاجارة للطفل ، وإن باشر ذلك الولي فلا بطلان بموت الولي ، وفي المسالك « ولو كان الولد معسراً واستأجر الأب عليه بمال في ذمته أو ذمة الاب ولم يخلف تركّة توجه جواز فسخها ، لأنها تبطل بذلك » وهو كذلك مع عدم العلم بالحال ولكن قوله أو في ذمة الأب لا يخلو من إجمال فتأمل . والله هو العالم .

﴿ ولو استأجر شيئاً مدة معينة لم يجب ﴾ ذكر ﴿ تقسيط الأجرة ﴾ في متن المقد ﴿ على أجزائها ﴾ عندنا لا إطلاق الأدلة ﴿ سواء كانت ﴾ المدة ﴿ قصيرة أو متطاولة ﴾ خلافاً لبعض العامة فأوجه إن كانت سنتين فصاعداً ، حذراً من الاحتياج

إلى تقسيط الأجرة على المدة على تقدير لحوق الانفساخ بتلف وغيره ، وذلك مما يشق ويتعذر .

وفيه : - مع انتقاضه بالناقص عن السنتين المجمع على ذكر التقسيط فيه ، و
باجراء المدة التي جعل لها قسطاً لو تلف في أثناءها - أنه مجرّد اعتبار لا يصلح معارضاً
للأدلة الشرعية .

نعم لا بأس بذكر ذلك مع التفاوت و بدونه لكونه حينئذ من الشرط الذي
لا خلاف في جوازه ، فلو تلفت العين في أثناء المدة كانت أجرة ما مضى بحسب ما شرط ،
و لو كان التلف في أثناءها قسط المسمّى لها على أجزائها كما لو لم يذكر تقسيطا في
العقد ، وكيفية التقسيط ما سمعته سابقاً والله أعلم .

﴿ ويجوز استئجار الأرض لتعمل مسجداً ﴾ وغيره من الأفعال الراجعة
بلا خلاف أجده فيه ، بل عن كشف الحق نسبته إلى الإمامية ، لأنّ ذلك غرض
مقصود محلّ متقوم ، فيشمله إطلاق الإجارة خلافاً للمحكي عن أبي حنيفة من عدم
الجواز ، لأنّ فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة بحال ، فلا تجوز الإجارة
لذلك ، و هو كما ترى غلط واضح ، ضرورة الفرق بين الاستئجار على الصلاة و بين
استئجار المكان أو اللباس للصلاة فيه .

نعم في جامع المقاصد و المسالك لا يثبت لها حرمة المسجد ، لأنّه اسم للعين
الموقوفة مؤيداً لذلك ، وإطلاقه على الفرض مجاز باعتبار إعدادها لما أعدّ له المسجد ،
كاطلاقه على ما يقطع به الإنسان من داره مسجداً له و لعياله ، لكن عن الأردبيلي
منع كون المسجد اسماً لذلك ، بل هو للأعمّ منه و من المقام ، خصوصاً في المدة
الطويلة كالمائة سنة و نحوها ، و ربما يؤيد بإطلاق المعظم هنا اسم المسجد عليه ، و
الأصل فيه الحقيقة .

و فيه إنّ من المعلوم كون غرض الأصحاب في المقام الردّ على أبي حنيفة المانع
من استئجار المكان للصلاة فيه ، فمرادهم من المسجد هنا كونه محلاً للسجود ،

نحو اطلاقهم في مكان المصلي أنه يستحب اتخاذ مسجد في الدار ، و مرادهم إعداد مكان مخصوص للصلاة كما تقدم تحقيق ذلك في محله والله العالم .

﴿ و يجوز استيجار الدارهم و الدناير إن تحققت لهما منفعة حكومية مع بقاء عينهما ﴾ و إن كانت نادرة ولم يعد لها غالباً كالزينة ، و دفع المراء مظنة الفقر عن نفسه ، و الضرب على سكتها و الوزن بها و نحو ذلك ، وفاقا للمحكي عن الشيخ و الفاضل و الشهيدين وغيرهم .

بل عن مجمع البرهان أنه لا شك فيه لو حصل نفع مقصود محلل لاطلاق أدلة الاجارة ، و عدم السفه في ذلك بعد فرض تحقق المنفعة المزبورة .

وليس قول المصنف «إن تحققت» إلى آخره تردداً منه في إيجارتهما ، بل للتردد في تحقق منفعة لهما كذلك ، بل المقصود جواز إيجارتهما لهذه المنفعة عند تحققها ، و إلا كانت المعاملة سفهية نحو ما سمعته سابقاً في بيع مالا منفعة له غالباً ، لقائله أو لغيرها ، من أنه يجوز إذا تحققت و إن كانت نادرة ، فحبة الحنطة يجوز بيعها مع الحاجة اليها لفتح و نحوه ، و كذا غيرها ، لكن عن الضابط المزبور الذي به تخرج المعاملة عن كونها سفهية ، وهو المدار هنا و هناك على الأصح .

و احتمال عدم الجواز حتى مع تحقق المنفعة للشك في تناول مثل ذلك في غير محله ، كاحتمال عدم جواز إيجارتهما لعدم صحة وقفهما ، و عدم ضمان منفعتهما لو غصبا .

وفيه أولاً : منع الملازمة ، فإن الحر و أم الولد يجوز إيجارتهما ، و لا يجوز وقفهما .

و ثانياً : منع عدم جواز وقفهما للمنافع المزبورة ، و كذا يمنع عدم ضمان الغاصب بعد إيجارتهما و مقابلتهما بالمال ، كمنافع الحر المستأجر أجيراً خاصاً ، أمّا مع عدم مقابلتهما بمال فلعله لا ضمان لعدم تحقق المنفعة حينئذ التي تعد مالا عرفاً ، كمنفعة الحر التي هي كذلك ، و لا يقدح ذلك في جواز الاجارة بعد

التحقق .

ومن ذلك كله يعرف جواز استئجار التفاح وغيره للشتم وغيره ، كالعطام لتزيين المجلس ، والشجرة لنشر الثياب عليها ، وربط الدابة بها والاستظلال بظلها ونحو ذلك ، وإن لم تكن معدة لذلك ، ولا تستأجر غالباً له ، كما أن منه يعرف ما في كلام جماعة من أصحابنا والله هو العالم .

﴿ تفريع ﴾

﴿ لو استأجره لحمل عشرة أقفزة من صبرة ﴾ مثلاً ﴿ فاعتبرها ﴾ معتبر ﴿ ثم حملها فكانت أكثر ﴾ كثرة معتداً بها لا يسيرة نحو ما يتفاوت به الموازين ﴿ فإن كان المعتبر ﴾ والمحمّل عامداً ﴿ هو المستأجر ﴾ من غير علم من الموجر ﴿ لزمه أجره المثل عن الزيادة ، وضمن الدابة إن تلفت لتحقيق العدوان ﴾ الموجب لذلك كما صرح بذلك كله الفاضل والكركي والشيخ في المحكي عن مبسوطه ، بل قال الثاني منهم « أنه لا بحث فيه » ولعله كذلك .

نعم في إرشاد الأول منهم « أنه يضمن نصف الدابة ، وكأنه لاستناد التلف إلى فملين ، أحدهما مأذون فيه وهو غير مضمون ، والآخر غيره ، ولا ينظر إلى التفاوت بعد نسبة التلف إلى المجموع ، كمن جرح نفسه جراحات ، وجرحه آخر جراحة واحدة فسرى الجميع ، فإنه يضمن نصف الدابة » .

وفيه : أنه مخالف لظاهر الفتاوى ومعقد المحكي من إجماع الخلاف والغنية والتحريير والتذكرة ، بل في الأول نسبته إلى الأخبار أيضاً .

ولعله أشار إلى خبر أبي ولاد^(١) وخبر الصيقل^(٢) وخبر الحلبي^(٣) وخبر

(١) و (٢) و (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث

عمر و بن خالد ^(١) المشتملة على ضمان الدابة بتجاوز المكان المشروط ، بناء على عدم الفرق بين اسباب التعدي ، وعلى ظهور ضمان الدابة في مجموعها ، بل في خبر أبي ولا تد منها التصريح بلزوم قيمة البغل .

و منه يظهر ما في المسالك من احتمال التوزيع على الأصل و الزيادة ، فيضمن قسط الزيادة ، لأن التلف مستند إلى الجملة فلا ترجيح ، ولاستلزام التنصيف مساواة الزايد للناقص ، وهو محال ، والتوزيع على المحمول ممكن بخلاف الجراحات ، ضرورة مخالفته لما عرفت أيضاً على أن التلف قد استند إلى الجمع الذي هو غير مأذون فيه أصلاً .

و من هنا استوجبه الأردبيلي فيما حكي عنه ضمان أجره المثل للمجموع لا للزيادة خاصة ، لأن المسمى إما كان على العشرة مثلاً على أن يكون معها غيرها ، فإذا كان صارت غير المستأجر عليها فيستحق أجره المثل على المجموع ، قال : « و إنَّها ربما تكون أجره المائة رطل مجتمعة أضعاف أجره الخمسين وحدها ، واستوضح ذلك في أجره الحبة وحدها و الجفنة كذلك ، فإنه لا أجره لكل حبة حبة في التفار ، و لجميع الحبوب أجره كثيرة ، ثم حمل خبر أبي ولا تد و كلام الأصحاب على الغالب الأكثر » .

و إن كان قد يناقش (أولاً) بمخالفته لظاهر بعض النصوص المزبورة ، (وثانياً) بأن مفروض البحث الاستيجار على العشرة لا بشرط ، فلا تخرج عن استحقات حملها ضم غيرها بعد صحة العقد الذي لا يترك مقتضاه حينئذ و التفاوت الذي ذكره يتدارك بملاحظة أجره المثل للزيادة مجتمعة .

و أغرب من ذلك كله ما عن الملقنة و الغنية في نحو المقام من أن عليه أجره الزايد بحساب ما استأجرها ، بل عن ثانيهما الإجماع عليه ، إذ هو مع مخالفته لقاعدة ضمان الغاصب لا دليل عليه ، ويمكن حمل كلامهما على غلبة موافقة المسمى لأجره المثل .

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ٢١ - ٣ - ٢ .

وعلى كل حال فقد ظهر لك قوة ما في المتن مع التقييد الذي ذكرناه ، بل الظاهر ذلك كله لو وقع منه خطأ ، لعدم الفرق في أسباب الضمان بين العمد والخطأ .

بل هو كذلك أيضاً فيما لو أمر بالتحميل أجنبياً جاهلاً بالحال ، بل المؤجر نفسه على غروره ، بل يقوى ذلك أيضاً فيما لو هيأ للموَجِر مدكساً له عليه ، بل وإن لم يقصد التدليس لعدم علمه بالحال إذا فرض وقوع ذلك منه خطأ ، لتحقيق الضرر بالفعل ، نحو تقديم طعام الغير للأكل .

نعم لو لم يكن منه أمر ولا تدليس ولا تهية فحمله المؤجر ظناً منه أنه هو المستأجر عليه لم يكن عليه شيء ، للأصل السالم عن المعارض .

هذا كله مع جهل المؤجر بالحال ، أمّا مع علمه فقد أطلق الفاضل والكركي عدم ضمان الدابة بتفريط المؤجر بحمل الزيادة مع علمه بها بل عن التحرير والتذكرة التردد في لزوم الأجرة للزيادة لذلك وإن كان في محله مع فرض كون المحمل المستأجر أو الأمر ، بل لعل إخباره بالكيل كذباً وتهيته للتحميل كذلك أيضاً وإن علم المؤجر بكذبه وحمله هو ، لأن ذلك بمنزلة الأذن في حمله ، بل هو شبه المعاوضة فلا يكون المؤجر متبرعاً ، والسكوت مع العلم ليس برضى في جميع ذلك كما هو واضح . فما في المسالك « فيما لو كان المؤجر عالماً بالزيادة إن لم يقل المستأجر شيئاً وبأشـر المؤجر التحميل فلا شيء على المستأجر ، ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحمله المؤجر على الدابة وبين أن يضعه على ظهرها فيسدها المؤجر ، وإن أتم المستأجر في الثاني مع احتمال الفرق » - لا يخلو من نظر .

وكذا ما في جامع المقاصد من عدم الأجرة له لتبرعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردّها ، وإن قال : مع احتمال لزوم الأجرة لأنه كالمعاوضة في الإجارة ، ولو أجبره بالزيادة ، وقال أحملها فأجابه المؤجر لزمه الأجرة مالم يظهر إرادة المجانية من الأمر .

﴿ وإن ﴾ كان ﴿ قد اعتبرها المؤجر ﴾ وحملها هو أو أمر غير المستأجر بالتحميل

﴿لم يضمن المستأجر أجرة ولا قيمة﴾ للاصل السالم عن المعارض من غير فرق ، بين الخطاء والعمد ، وبين علم المستأجر وجهله ، بل لو أمره نفسه فحملها جاهلاً لم يكن عليه شيء ، بل لعلمه كذلك لو كان قدهية للتحميل المفرد بفعل الموجر كما عن التذكرة أنه قواه ، لكنته تردد فيه في المسالك .

نعم لو كان عالماً فحملها من دون أمر لزمته الاجرة قطعاً ، كما في جامع المقاصد ، وإن كان الموجر عالماً ، بل لعلمه كذلك أيضاً إذا كان جاهلاً ولم يصدر من الموجر ما يقتضي الفرور ، أمّا لو أمره الموجر بالحمل مع علمه أي المستأجر بالزيادة ففي لزوم الأجرة نظر ، كما في جامع المقاصد .

وكيف كان فيجب ردّ الزيادة حيث لا يدون إذن من صاحبها إليه ، بل إلى بلد الأجرة بل في المسالك لو لم يعلم المستأجر حتى أعادها الموجر إلى البلد المنقول منه ، فله أن يطالبه بردها إلى المنقول إليه ، وفيه أنه لا دليل على وجوب ذلك ، بل لعل مقتضى إطلاق الأدلة خلافه ، بل لعلمه كذلك بالنسبة إلى بلد الأجرة ، فلا يجب حينئذ عليه إلا الردّ للمالك في أي مكان أو أي زمان ، وكذا كل حق هو كذلك فتأمل جيداً .

﴿ولو كان المعتبر﴾ والمحمل ﴿اجنبياً﴾ من غير علمهما ومن غير إذنهما ، فهو متعدّ عليهما ، يضمن الدابة لصاحبها ، والطعام لمالكه و﴿لزمته أجرة الزيادة﴾ للموجر وفي ردّها ما عرفت ، من غير فرق في ذلك بين عمده وخطأه ، ولو تولى الحمل بعد كيل الأجنبى أحد المتعاقدين ، فإن كان عالماً فهو كما لو كاله بنفسه ، وإن كان جاهلاً وقد أخبره الأجنبى كاذباً ، فهو كما لو تولاه الأجنبى ، وإلا فإن عددنا الكيل والأعداد المحمل غرواً ضمن ، وإلا فلا .

وفي المحكى عن مجمع البرهان ولو كان بائناً من دون علمهما بالمقدار فهناك احتمالان (أحدهما) أن الحكم كذلك ، (الثاني) أن الضمان على الآذن فإن كان منهما فتلاثة احتمالات ، أحدها : أن الحال في ذلك كما إذا كانا

معاًهما المعتبرين ، الثاني : أنه كاعتبار صاحب الدابة ، للأصل ، الثالث : أنه كاعتبار صاحب الحمل .

قلت : لا مداخلية للإذن في الضمان ، ضرورة كونها بالمقدار الخاص ، فالزيادة لإذن فيها ، فإذا حملها بنفسه أو بغيره توجه عليه الضمان .

نعم لو حمله العالم منهما لم يكن عليه شيء ، لعدم مباشرته وعدم غروره كما هو واضح ، ولو اعتبرا معاً وحتملاً كذلك جاهلين بالزيادة ففي ضمان الدابة وأجرة المثل نظر ، ولو كانا عالمين فلا ضمان للدابة ، وفي ضمان أجرة الزيادة وجه ولو كان المحتمل أحدهما فإن كان المستأجر فالظاهر مساواة حكمه لما إذا كان هو المعتبر مع ذلك ، وإن كان صاحب الدابة لم يكن له شيء .

ومن ذلك كله ظهر لك الحال في جميع الصور التي تتصور في المقام ، وإن ذكرنا المهم منها كظهور كون البحث في ضمان الدابة أو نصفها أو التوزيع الذي قد تقدم سابقاً إذا كان التلف بالتحميل ، لا ما إذا كان بغيره ، وكانت أمانة في يد المستأجر ، فإنه لا إشكال في ضمانه الجميع من حيث التعدي في الأمانة ، كما أن الأقوى ذلك أيضاً في الأول ، لما عرفت من استناد التلف إلى الضم الذي هو فعل المستأجر عدواناً ، والله هو العالم .

الشرط الخامس

أن تكون المنفعة مباحة

فلو آجره مستكناً ليحرز فيه خمراً أو دكاناً لبيع فيه آلة محرمة أو أجزراً ليحمل له مسكراً أو جارية للغناء أو كاتباً ليكتب له كفرة أو نحوه لم تنعقد الإجارة ، وربما قيل بالتحريم وانعقاد الإجارة ، لا إمكان الانتفاع في غير المحرم ، والأول أشبه ، لأن ذلك لم يتناول العقد كما تقدم الكلام في ذلك كله في باب

المكاسب ، فلاحظ وتأمل .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿هل يجوز استيجار الحائط المزوق للتنزه قيل :﴾ والقائل ابن ادريس ﴿نعم﴾ واختاره في التنقيح واستحسنه في المسالك ﴿وفيه تردد﴾ كما في القواعد بل منعه في محكي الخلاف والمبسوط للسف ، ولأنها منفعة ليس للمالك منعها ، كالأستغلال بالحائط والحق الجواز مع عدم السفه ، وكان كاجارة الكتاب الذي فيه خطأ جيد للتعلم منه .

الشرط ﴿السادس﴾

﴿أن تكون المنفعة مقدورا على تسليمها﴾

﴿فلو آجر عبداً آبقاً لم تصح﴾ للسفه ﴿ولو ضم إليه شيء﴾ لحرمة القياس على البيع عندنا ﴿و﴾ لكن ﴿فيه تردد﴾ من ذلك ، ومن أولوية الاجارة من البيع ، لاحتمالها من الفرر مالا يحتمله البيع ، وقد أشبعنا الكلام في البيع على وجه استفاد منه تفصيل المسألة هنا ، فلاحظ وتأمل .

﴿ولو﴾ استأجر شيئاً ف﴿منعه الموخر من﴾ تسلّمه ﴿ه﴾ أصلاً واستيفاء منفعته أجمع ، ولم يتمكن من جبره على أخذ العين منه ، أو تمكّن ولم يفعل ﴿سقطت الأجرة﴾ عند الشيخ ، وفيما حكى عن التذكرة لا يفساخ العقد قهراً ، تنزيلاً لذلك منزلة التلف قبل القبض ، المقتضى للإفساخ في البيع ، وفي المقام ، لتعذر تحقق المعاوضة حينئذ .

وفيه أن الأصل عدم الإفساخ ، وإلماخر جناً عنه في التلف السماوي بالنص ، فيبقى غيره على الأصل .

ومن هنا قال في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الظاهر أن سقوطها مشروط بالفسخ ، لتعذر حصول العين المطلوبة ، فإذا فسخ سقط المسمى إن لم يكن دفعه ، وإلا استرجعه .

وبهذا صرح في القواعد .

وإليه أشار المصنف بقوله ﴿وهل له أن يلتزم ويطالب المؤجر بالتفاوت فيه ترد﴾ مما عرفت ، ﴿والأظهر نعم﴾ .

بل إن لم يكن إجماعاً أمكن القول بلزوم ذلك عليه ، لأصالة اللزوم وليس له إلا المنفعة التي قد فوّتها عليه المالك الغاصب ، فله قيمتها ، كما أن للموَجِر المسمى ، إلا أنه لما كانت الإجارة من عقود المعاوضة التي تقتضي عوضية ملك بملك ، وقبضاً قبض ، إلا أن الثاني منهما لما كان غير معتبر في الصحة يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار مالم تكن تلفاً سماوياً كما لا يخفى على من اعتبر ذلك في جميع عقود المعاوضة . ولعلّ منه مالم أُلّف المالك المبيع على المشتري قبل قبضه ، فإن المشتري حينئذ بالخيار بين الفسخ وبين الامضاء ، والمطالبة بالمثل أو القيمة ، وذلك لأنه اجتمع فيه أمران أحدهما تعذر تسليم العوض ، والآخر مباشرة إتلاف مال الغير ، فيتخير في الفسخ نظراً إلى الأمر الأول ، والمطالبة بالقيمة أعني أجره المثل نظراً إلى الأمر الثاني ، ولو منعه بعد استيفاء بعض المنفعة ، فعن التذكرة الخيار أيضاً لكن لا يخلو من نظر ، لأصالة اللزوم ، والفرض حصول قبض المعاوضة .

اللهم إلا أن يقال : إنه لما كان استيفاء المنفعة تدريجياً كان قبضها كذلك لأن حصوله باستيفائها ، فمنعه في الأثناء حينئذ مفوّت لقبض المعاوضة في البعض المراد منه والمخاطب به ، فيتسلط حينئذ على الخيار ، لما عرفت ، وبذلك يظهر الفرق بين هذه وبين المسألة الآتية ، وهي منع الظالم في الأثناء .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لمو منعه ظالم﴾ عن الإتيان بالعين ، بأن غصبها منه ﴿قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ﴾ والمطالبة بالمسمى إن كان قد دفعه ، وبين الالتزام ﴿والرجوع على الظالم بأجرة المثل﴾ عوض ما استوفاه من المنفعة التي هي من أمواله ، لما عرفت من فوات القبض الذي هو مقتضى المعاوضة .

وظاهر المصنف وغيره اختصاص رجوعه بعد الالتزام بالظالم دون الموَجِر ، وهو

كذلك ، لأصالة البراءة ، وإن احتمله بعضهم لكون العين في يده مضمونة عليه ، حتى يتحقق القبض .

لكن فيه أن المسلم من ضمانه وجوب المسمى عليه بالإفساخ أو الفسخ ، لا ضمان قيمة العين بتلف العين ، وهو واضح ، كما أن الظاهر أيضاً عدم سقوط الخيار المزبور بعود العين للمستأجر في أثناء المدة ، للأصل والتضرر بالتبعض .

نعم ليس له الفسخ فيما مضى من المدة خاصة ، والرجوع بقسطه من المسمى على المودع ، واستيفاء الباقي من المنفعة ، لعدم جواز التبعض في العقد كما هو واضح وإن تردد فيه في القواعد ، واحتمله في المسالك ، إلا أنه بمكانة من الضعف .

ولو كان بعد القبض * في إبتداء المدة أو في أثنائها * لم تبطل * الاجارة قطعاً ، بل ليس له الفسخ لأصالة اللزوم ، * و * الفرض أنه * كان * تمام القبض من المالك وإثماً * له الرجوع على الظالم * بأجرة المثل ، بل في المسالك تبعاً لجامع المقاصد أن الظالم لو كان هو المودع فالحكم كذلك أيضاً ، لكن قد سمعت ما حكيناه عن التذكرة وتوجيهه والله العالم .

وإذا انهدم المسكن * مثلاً وفات أصل الانتفاع ولم يمكن إعادته انفسخت الاجارة ، لتعذر المستأجر عليه ، فله من المسمى حينئذٍ بنسبة ما فات من المنفعة ، وإن لم يفت أصل الانتفاع وأمكن إزالته * كان للمستأجر فسخ الاجارة * مع فوات بعض المنفعة للتعب بالتبعض ، * إلا أن يعيده صاحبه ويمكّنه منه * بسرعة على وجه لم يفت الانتفاع ، بل كان موصولاً ببعضه ببعض ، لعدم التضرر حينئذٍ ، فيبقى أصل اللزوم بحاله .

* و * لكن مع هذا * فيه تردد * ينشأ من ذلك ، ومن ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب ، بل اختاره في جامع المقاصد ، وقواه في المسالك ، وإن كان قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام من حيث كونه إهداماً ، وإن لم يفت به شيء من المنفعة على وجه تنقطع به أصالة اللزوم ، اللهم إلا أن يستبعد الفرض ، * و * هو

خروج عن محل البحث .

نعم ﴿ لو تمادى المودج في إعادته ﴾ على وجه قد فات بعض المنفعة ، فالخيار باق ، وإن أعاده كما سمعت ، ﴿ ف ﴾ ان ﴿ فسخ المستأجر ﴾ حينئذ ﴿ رجع بنسبة ما تخلف من الاجرة إن كان سلم إليه الاجرة ﴾ وإلا دفع إليه منها ما قابل ما استوفاه منها ، بلا خلاف ولا اشكال في ذلك ، والله العالم .

وكيف كان فلا يخرج بالشرط المزبور الاستيجار للسنة القابلة ، وخصوصا إذا كانت متصلة بالسنة التي هي للمستأجر ، خلافا للمحكي عن الشيخ وأبي الصلاح فلا يصح لعدم الدليل ، وتعذر التسليم ، وفيه : أن الدليل عموم ^(١) « أوفوا » وغيره ، والتسليم واجب زمان الاجارة .

نعم لا فرق في تعذر التسليم المانع من صحة الاجارة بين العقلي والشرعي ، فلو استأجر لقلع ضرر صحيح أو قطع يد صحيحة ، أو جنبا أو حائضا بخصوصهما لنفس المسجد في زمان حدثهما لم تصح .

أما لو كانت السن وجعة أو اليد متاكلة على وجه يستحسنه العقلاء صححت ، فان زال الأثم قبل القلع انفسخت الاجارة وكذا لا يخرج به اجارة الزوجة نفسها من دون إذن الزوج باعتبار استحقاقه منافعتها ، ضرورة أنه ليس له إلا استحقاق الاستمتاع ، فتصح إيجارها فيما لا يعارضه ، وأمّا فيه فهو موقوف على إذنه .

بل في جامع المقاصد انفساؤها لو فرض إيجارها بدون إذنه في زمان مخصوص مطمئن فيه بعدم الاستمتاع فانفق إرادة الزوج فيها ذلك على خلاف العادة ، تقديم لحقه على حق المستأجر ، ولو كانت الاجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو حمل متاع فغصب العبد الخياط والدابة الحاملة من المودج قبل قبض المستأجر فله مطالبة المالك ، لعدم ما يقتضي تعيين حقه بذلك .

نعم إن تعذر البذل ففي القواعد « تخير بين الفسخ ، والامضاء والصبر إلى

التمكن « وتبعه في جامع المقاصد ولا يخلو من بحث ، وكذا ما فيهما أيضاً من أنه لو كان الغصب بعد القبض طالب المستأجر باجرة المثل خاصة ، وإن كان في ابتداء المدة فلا خيار له ، لأن الغصب بعد قبض العين ، واستقرار العقد ، وبراءة الموَجِر ، ولو حدث خوف منع المستأجر من الاستيفاء والموَجِر من التفرير بما له ، تغيراً ، بل احتتمل بعضهم الانفساخ .

ولو اختص الخوف بالمستأجر تغيراً أيضاً أو انفسخ العقد إذا كان المراد استيفاءه بنفسه ، وإلا فلا خيار لامكانه اجارتها ، ولعله المراد للفاضل في محكي تحريره ، ولا ينفسخ بالعذر ، فلو اكترى جهلاً للحج ثم بداله أو مرض ولم يخرج لم يكن له فسخ الاجارة .

ولذا حكى عن الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه عليه تقييده بالمرض الذي يتمكن من الخروج معه ، قال : « أما لو لم يمكنه الخروج أصلاً ، ولم يجز له اجارته لغيره كان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه ، فانه يقوى الفسخ » .

لكن في جامع المقاصد « عندي فيه شيء » لأن تعذر الاستيفاء إذا اختص بالمستأجر ولم يكن من قبل الموَجِر مانع ففي اسقاطه حق الموَجِر وتسليطه المستأجر على الفسخ أو الحكم بالانفساخ اضراء بالموَجِر لمصلحة المستأجر » .

وفيه : أنه مثل الأجير على قلع خرس فسكن ألمه ضرورة اشتراكهما في منع المستأجر من الفعل وإن بذل الموَجِر له باعتبار كونه معانة على الائم والعدوان فتأمل جيداً والله العالم .

ولو استأجر داراً للسكنى مثلاً فحدث خوف عام يمنع من الإقامة بذلك البلد تخيّر في الأقوى ، وفي القواعد نظر ، ولعله فرق بين هذه المسألة والسابقة أن الخوف في تلك على المستأجر والداية بخلافه هنا ، فانه على المستأجر دون الدار ولذا نظر في هذه ، وقرب الخيار في الأولى ، إلا أن الظاهر ثبوت الخيار في المقامين لقاعدة لا ضرر بعد عموم العذر شرعاً عن الاستيفاء ، بل ربما احتتمل الانفساخ قهراً .

نعم لو اختص الخوف بالمستاجر لم يكن له خيار إلا مع اشتراط الاستيفاء بنفسه فإنه يأتي فيه أيضاً الخيار أو الانفساخ ، ولو استاجره لصيد شيء بعينه ففي القواعد لم يصح ، لعدم الثقة بحصوله أي فلا تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها بحسب الغالب ، وقد تقدم لنا في كتاب البيع عند البحث على اشتراط القدرة على التسليم فيه ما يستفاد منه حكم ذلك وغيره فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ الفصل الثالث في احكامها ﴾

﴿ وفيه مسائل : الاولى : إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة ﴾ بالخصوص عيباً ﴾ سابقاً لم يعلمه ﴾ كان له الفسخ ﴾ كما عن المبسوط وغيره بل عن ظاهر الغنية الاجماع عليه وعن التذكرة لا تعلم فيه خلافاً إذا كان سابقاً يوجب نقصاً تتفاوت به الاجرة وحكى فيها عن ابن المنذر نفي الخلاف فيه أيضاً ، بل أكثر من الأمثلة لذلك وظاهر بعضها تجدد العيب فضلاً عن سابقه ، لكن تقيدهما بالمنقص منافي لاطلاق جماعة و صريح آخرين كما أنه صرح غير واحد بل لا أجد فيه خلافاً بينهم .

بل لعله معقد نفي خلاف التذكرة وابن المنذر بقرينة ما ذكرناه من الأمثلة عدم الفرق في ثبوت الخيار المزبورين استيفاء بعض المنفعة وعدمه ، ويكون حينئذ كخيار العبن في عدم السقوط بالتصرف ، وبذلك يفترق عن خيار العيب في البيع الذي يتعين الأرض به ، بل صريح قول المصنف كغيره ﴿ أو الرضا بالأجرة من غير نقصان ﴾ عدم الأرض هنا أصلاً .

نعم في اللمعة « وفي الأرض نظر » وفي جامع المقاصد تارة ينبى أن يكون هذا حيث لا يكون العيب منقصاً للمنفعة ، فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعاً مع الخيار ، وأخرى الأصح وجوب الأرض وثالثة لا أستبعد ثبوت الأرض كثيراً ،

واستوجهه في المسالك ، واستحسنه في الروضة .

وكان الوجه في ما ذكره الأصحاب أن العقد إنما جرى على هذا المجموع وهو باق ، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع ، و ثبوت الأرض في البيع للنفس فلا تقاس عليه الاجارة ، والضرر مندفع بالخيار الذي هو المعتاد في جبر الضرر الناشي من لزوم العقد ، وبذلك ظهر أن الثابت الخيار خاصة في الفرض .

﴿ ولو كان العيب ممّا يفوت به بعض المنفعة ﴾ بمعنى إذا لم يفوت به شيء أو فات به البعض كما في المسالك قال : « لا ما إذا كان يفوت به الجميع ، لأن ذلك يبطل العقد » .

قلت : يمكن أن يريد المصنف بفوات البعض فوات كمالها كالدابة العرجاء أو الجموح أو نحو ذلك مما يكون فيه أصل الانتفاع موجوداً ، إلا أنه ليس على الوجه المراد للمستأجر ، لا أن المراد فوات بعض المنفعة أصلاً كدار وجد بعض بيوتها خراباً فإن المتبجه في ذلك التقسيط لو اختار اللزوم لأنه من قبيل تبعض الصفقة ، وليس مما نحن فيه من وجدان العيب في العين المستأجرة المنصرف إلى ما ذكرنا دون ذلك ، وإن أطلق عليه اسم العيب توسعاً .

ولعل هذا هو الذي قطع به المحقق الثاني فيما عرفت ، كما أن الفرد الآخر محل للنظر في ثبوت الأرض من جهته ، وقد عرفت أن مقتضى أصول المذهب وقواعده ثبوت الخيار له من دون أرض بعد حرمة القياس عندنا ، وكون ذلك عند التأمل من فوات الوصف الذي لا يوزع الثمن عليه في البيع ، وإن تفاوت قلة وكثرة بالنسبة إليه .

نعم يبقى الأشكال في ثبوت الخيار بالعيب في العين ، وإن لم يكن مفوتاً لشيء من كمال المنفعة ، ولا فيه نقص على المستأجر باستيفاء المنفعة ، كالدابة البتراء أو الجعداء أو نحو ذلك .

ودعوى أن الصبر على مطلق العيب في العين المستأجرة ضرر لا دليل عليها ،

كدعوى أن مورد العقد العين لاستيفاء المنفعة ، فتصرف إلى الصحيحة كالبيع ، ولعله إلى هذا أوماً الفاضل في التذكرة في التقييد المزبور ، كما أن غيره من الاصحاب نظر إلى ما ذكرنا من العيب الذي لا يكون به تفويت لكامل المنفعة ، إلا أن فيه نقصاً على المستأجر باستيفاء المنفعة منه . أما إذا لم يكن كذلك ، فلعله غير مراد للجميع ، ويبقى على أصالة اللزوم .

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يدعى انصراف عقد الاجارة إلى العين الصحيحة كالبيع ، وفيه منع ، حينئذ يتجه فيه الخيار خاصة من دون أرض ، ضرورة عدم النقص في منفعته وهو انما يتوجه فيما إذا تفاوتت اجارة العين سليمة ومعيبة ، فإن نسبة ذلك التفاوت من المسمى هو الأرض .

ومن التأمل فيما ذكرنا بان لك الوجه في جميع أطراف المسألة حتى ثبوت الخيار مع استيفاء بعض المنفعة ، لما عرفت من عدم الأرض له أصلاً ، فالزامه بالعين المفروض عيبها ضرر ، على أن المنفعة حصولها تدريجي ، فمابقي منها لم يتصرف فيه بشيء ، ومنه ينقدح الوجه فيما حكى عن التذكرة من ثبوت الخيار أيضاً في العيب المتجدد بعد العقد أيضاً ، لكونه حينئذ عيباً سابقاً على القبض ، وليس قبضه للعين قبضاً لها بالنسبة إلى ذلك كما هو واضح .

فاذا فسخ بعد استيفاء البعض ثبت عليه من المسمى بالنسبة ، لأن الفسخ في الحقيقة لما بقي ولذا لم يكن له فسخ لو فرض استيفاء الجميع واحتمال أن له الفسخ فيما مضى فيثبت حينئذ للموَجَر أجرة المثل واضح الضعف .

وعلى كل حال فلو فسخ بالعيب وقد كان الموَجَر قد باع العين فالمنفعة للبائع لعدم استحقاق المشتري إياها بعد أن شراها مملوكة بالمنفعة المخصوصة وبذلك انقطعت تبعيتها للعين فيستصحب والله العالم .

هذا كله إذا كانت العين المستأجرة مشخصة ، أما إذا كانت مطلقة لم يفسخ العقد

وكان على الموجر الابدال .

نعم لو تعذر أو امتنع ولم يمكن إجباره تخير لقاعدة الضرر ، وقد تقدم في كتاب السلم ما له نفع في المقام فلاحظ وتأمل والله العالم .

المسألة الثانية : إذا تعدى في العين المستاجرة * وإن كانت أمانة في يده * ضمن قيمتها وقت المدوان * وإن تلفت بغيره ، كما في كل أمانة تعدى فيها بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لكن على معنى دخولها في ضمانه من ذلك الوقت إلى حين التلف في يده ، فيضمن قيمتها وقته على الأقوى ، وقيل : أعلى القيم ، وقيل غير ذلك ، لأن المراد ضمان قيمتها حينه ، وإن تلفت بعد ذلك ، واختلفت قيمتها زيادة أو نقصا كما هو ظاهر المصنف والقواعد ومحكي التحرير والايضاح وجامع الشرايع .

ولعله لما في صحيح أبي ولاد^(١) « فقلت : أرأيت لو عطب البغل أو نفق أو ليس كان يلزمني ؟ قال : نعم قيمة البغل يوم خالفته » لكن فيه بعد ذلك « قلت : فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر ؟ قال : عليك قيمة ما بين الصحيح والمعييب يوم نرده » .
والتحقيق ما عرفت بل لم أجد ذلك قولاً لأحد في غير المقام ، وربما كان فيه ضرر على المالك إذا فرض علو قيمتها يوم التلف عن يوم المدوان ، وقد تقدم تحقيق المسألة ويأتي انشاء الله تعالى .

وعلى كل حال فظاهر قوله قيمتها تمامها وإن كان التعدى بزيادة تحميلها على المشروط ، خلافا لما عن الشافعي من أنه إن كان المالك معها ضمن النصف وإلا ضمن الكل أو التوزيع على مجموع الفراسخ ، بان كان التعدى بتجاوز المسافة ويعطى العدوان بالقسط .

بل في القواعد ولو استاجر الدابة لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع ولو سلم إلى الموجر ، وقال : إنه قفيز وكذب قتلقت بالحمل ضمن النصف ، ويحتمل

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

بالنسبة ، إلا أنه كما ترى منافي لاطلاق الضمان في النص و الفتوى ، فلا يقاس على ما ذكر في القصاص و الديات من أنه لو جرحه زيد و عضه الأسد مثلاً فسريراً ضمن الجارح النصف ، و كما لو جرحه واحد عمداً و آخر باستيفاء قصاص مثلاً فسريراً على أن يكون الجامع بينهما ، إذ التلّف في مسألة التّحميل مثلاً قد استند أيضاً إلى ما هو بحق ، وهو القدر المشروط ، وإلى غيره وهو الزايد .

الا أنه اجتهد في مقابلة النص و الاجماع ، بل و القواعد عند التأمل ، خصوصاً بعد امكان دعوى عدم الاذن في القدر المشروط حال انضمامه إلى ما صار به التلّف من الزائد ، و إن كان فيه ما عرفته سابقاً .

نعم يكفي في الضمان كون الضم من فعل المستأجر فهو في الحقيقة كمن حمل دابة الغير زيادة على ما حملها مالكها قهراً فتلفت بمجموع ما كانت من المالك و الظالم ، فتأمل جيداً . فانه قد مرّ في المباحث السابقة ما يعلم منه الحال هنا في ذلك و في غيره ، بل و في اصل المسألة التي يأتي الكلام فيها أيضاً في كتاب الغصب ، و الله العالم .

﴿و﴾ كيف كان قد ﴿لو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك ، إن كانت العين المستأجرة﴾ دابة و قيل : القول قول المستأجر على كل حال ﴿ من غير فرق بين الدابة و غيرها ﴾ و هو أشبه ﴿ باصول المذهب و قواعده التي منها أصل البراءة و غيره ، و بها يكون المستأجر المنكبر ، بل لم يحضر لي القائل بالأول ، و إن حكى عن الشيخ لكن لم اتحققه .

نعم عن الشيخ في النهاية بل و غيره أن القول قول المالك في مطلق المفصوب من غير فرق بين الدابة و غيرها ، و وضوح ضعفه على كل تقدير يغني عن البحث عن قائله . والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : من تقبل عملاً ﴾ في ذمته من غير اشتراط المباشرة ﴿ لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة ﴾ كما عن النهاية و السرائر و الإرشاد و التحرير بل في

المتن ﴿على الأشهر﴾ بل في المسالك المشهور ﴿إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل﴾ .

ففي صحيح أبي حمزة ^(١) «عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال : لا .

و في صحيح محمد بن مسلم ^(٢) « عن أحدهما عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ، و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال : لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً » .

وفي خبره الآخر ^(٣) عنه أيضاً «عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه ويهطيه من يخطيه ويستفضل قال : لا بأس قد عمل ، ونحوه خبر أبي حمزة عن الباقر عليه السلام المروي عن المختلف و غاية المراد .

و في خبر أبي محمد الخياط ^(٤) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتقبل الثياب اخطيها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين قال : أليس تعمل فيها ، فقلت : أقطعها وأشترى الخيوط ، قال : لا بأس ، مؤيداً ذلك كله بما مر سابقاً من النصوص ^(٥) المتضمنة لحرمة فضل الاجير . ولا ينافي ذلك ما في خبر علي الصائغ ^(٦) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتقبل العمل ، ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين ، فقال : لا يصلح ذلك إلا أن تعالج معهم فيه ، قال : قلت : فأني أذيبه لهم ، قال : فقال : ذاك عمل فلا بأس ، لعدم صراحة لا يصلح في الكراهة ، بل ولا ظهورها .

كما لا ينافية خبر الحكم الخياط ^(٧) «قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إني أتقبل الثوب بدراهم وأسلمه بأقل من ذلك لا أزيد على أن أشقه ؟ قال : لا بأس به ، ثم

(١) (٢) (٣) (٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من ابواب احكام الاجارة الحديث

٢ - ١ - ٥ - ٦

(٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من ابواب احكام الاجارة .

(٦) (٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ٧ - ٢

قال : لا بأس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه ، بعد كونه مطلقاً منزلاً على المقيد الذي هو مفروض سؤاله .

و حينئذ فما وقع من ثاني الشهيدين من الجمع بين هذه النصوص بالكرامة لا يخلو من نظر ، وإن وافقه على الجواز الفاضل في القواعد والتذكرة وأول الشهيدين و ثاني المحققين و الخراساني ، إلا أن العمدة للفاضل في الجواز أنه روى صحيح أبي حمزة لا بأس ، كما عن السرائر روايته كذلك ، وإنما الموجود فيما حضرنا من نسخة الوسائل و الوافي ما حكيناه ، و في مفتاح الكرامة ليس له في التهذيب عين ولا أثر ، و الظاهر أنه سهو و غفلة ، ثم حكى عن التهذيب و مجمع البرهان و الوافي روايته كما ذكرنا .

ثم إن ظاهر النص و الفتوى الإكتفاء بمسمى الحدث و العمل فيه ، و حينئذ فلا إشكال في الجواز . و في اللمعة لا بحث كما في الروضة الإجماع عليه ، و لم يذكر أحدهما الجواز باختلاف الجنس .

نعم عن التذكرة أنه حكى عن الشيخ عدم الجواز مع اتحاد الجنس إلا أن يعمل فيه شيئاً ولم تتحققه لكن قد سلف لنا في مسألة الأجير و البيت ما يمكن أن يكون وجهاً لذلك فلا حظ و تأمل . هذا .

و قد ينساق من النص و الفتوى أن محل البحث في العمل بالعين كخياطة الثوب و صياغة الخاتم و نحوهما ، أمّا العمل الصرف كالصوم و الصلاة و الحج و نحوها فيبقى على أصل الجواز .

اللهم إلا أن يقال : إن ذكر بعض لوازم العمل في العين لا يقتضي تقييد ذلك به و حينئذ يعتبر في جواز تقبيله بالأقل عمل شيء منه .

﴿و﴾ كيف كان فحيث يكون العمل في العين ﴿لا يجوز تسليمه إلى غيره إلا بإذن المالك﴾ لأنه أمانة في يده ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو سلمها من غير إذن﴾ فتلفت ﴿ضمن﴾ للتعدي كما هو واضح .

لكن في المسالك بعد أن فرض المسألة على تقدير القول بجواز التقبيل قال :
 « و الوجه حينئذ أنه مال الغير ولا يصح تسليمه إلى غير من استأمنه عليه ، و جواز
 إجارته لا تنافي ، بل يستأنز المالك ، فإن امتنع أي المالك رفع الاجير أمره إلى
 الحاكم ، فإن تعذر احتمال جواز التسليم حينئذ لتعارض حق العامل الثاني و حق
 المالك ، فيقدم العامل ، وفاء بالعقد و يحتمل تسلمه على الفسخ لا غير ، لأن المالك
 مسلط على ماله يعطيه من شاء ، و يمنع من شاء ، و الحال أنه لم يرض بأمانته .

و لو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقبيل كان حسنا لصحيحة على
 بن جعفر ^(١) عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم
 إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه .

و إذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعة لغير المالك ، فسقوطه
 مع كون المنفعة للمالك أولى ، و إليه مال في المختلف ، و ابن الجنيدي جوز التسليم
 من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا ، و لكن ينبغي تقييده بكون المدفوع إليه
 ثقة و إلا فالمنع أوجه .

قلت : قد سلف لنا في جواز تسليم العين ما يستفاد منه المنع هنا أيضا ، و أن
 جواز التقبيل أعم من ذلك ، ضرورة إمكان عمل الغير فيه ، و هو في يده و ليس له على
 المالك الاذن ، حتى يرفع أمره إلى الحاكم ، كما أنه ليس له الفسخ من هذه
 الجهة .

و صحيح على بن جعفر - عن أخيه عليه السلام ^(٢) الذي هو «سألته عن رجل استأجر
 دابة ، فأعطاهما غيره فتفقت ما عليه ؟ قال : إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضمان
 لها ، و إن لم يسم فليس عليه شيء» - لا صراحة فيه بل ولا ظهور في خروج العين
 عن يد المستأجر الأول ، و إنما المراد ، السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها ، و
 إن كانت هي في يد الأول ، ولا ريب في أن الحكم فيها ما ذكره عليه السلام كما أوضحنا

(١) (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ١ .

ذلك سابقاً . و على كل حال فلا ينبغي الخروج عن قواعد الشريعة بنحو ما ذكره الذي عند التأمل من غرائب الكلام .

المسألة الرابعة : يجب على المستأجر سقي الدابة و علفها و ﴿ حينئذ لو أهمل ضمن ﴾ كما في الارشاد ، وعن الروض و ظاهر النهاية و السرائر ، إلا أنه لا يخفى عليك مافيه إن كان المراد وجوب ذلك عليه من ماله ، على وجه لا يرجع به على الموجر ، ضرورة أنه إن كان المقتضي لذلك عقد الإجارة باعتبار اقتضاء العادة ، ففيه منع واضح كوضوحه إذا كان باعتبار وجوب نفقة الدابة على من ملك منفعتها .

نعم إن كان وجوب ذلك باعتبار كونها ودیعة و أمانة في يده ، و يجب عليه ذلك مقدمة لحفظها مع فرض عدم كون صاحبها معها ، ففيه ما تقدم سابقاً من أنه على فرض ذلك ، و انحصار الأمر بالنفقة من ماله يرجع به على الموجر إن كان بأمر الحاكم ، أو مع الإيصاد أو بدونه كما عرفت البحث فيه مفصلاً ، و إن كان قد أخذوا ذلك مما تسمعه في الأجیر المنفذ في حوائج المستأجر .

ففيه أن القياس محرم عندنا بعد تسليم الحكم في المقيس عليه ، و ستمتع البحث فيه إنشاء الله تعالى ، ولعله لذلك وغيره جزم بوجوبها على المالك في التذكرة و التحرير و المختلف و اللمعة و الحواشي و التنقيح و إيضاح النافع و جامع المقاصد و المسالك و الروضة و مجمع البرهان و الكفاية على ما حكى عن بعضها .

بل هو المحكي عن ظاهر أبي علي ، و الفخر أيضاً لأنها تابعة للملك ، و الأصل عدم وجوبها على غيره ، بل يمكن حمل عبارة المتن على ارادة السقي و العلف البدني ، لا المالي الذي هو واجب على المالك .

نعم لو لم يكن مالك ، و كانت العين أمانة في يده كان حكمها حكم الوديعة الذي قد سمعت تصريح غير واحد من الأصحاب به فيجب الانفاق عليه مع غيبة المالك بإذن الحاكم ، و يرجع به ، ولو تعذر أشهد ، فان تعذر اقتصر على نيّة الرجوع ، و

كان القول قوله في قدرها كما تقدم في الوديعة .

لكن لا يخفى ما فيه من الاشكال إن لم يكن اجماع ، إذ ليس ذلك من مقتضى عقد الوديعة ، وإلا لم يحتج إلى الرجوع إلى الحاكم ، كما في غيره من أنواع حفظ الوديعة ، على أنه ليس في الأدلة فضلاء عن اطلاق عقد الوديعة ما يقتضي وجوب حفظ الوديعة على وجه يجب بذل المال و لو بنية الرجوع مقدمة له ، وإلما الثابت وجود الحفظ بغير ذلك ، و وجوب حفظ النفس أو مال الغير ليس من أحكام الأمانة .

أللهم إلا أن يدعى صدق الخيانة مع عدم ذلك منه ، و فيه منع واضح هذا ، و قد سبق في الوديعة ما يستفاد منه البحث فيه هنا ، خصوصاً مع اشتراطها على الماوجر ، على أن يكون معها ، فقصر ولم يفعل . فلاحظ والله العالم .

المسألة (الخامسة : إذا أفسد الصانع ضمن و لو كان حاذقاً ، كالفصّار يحرق الثوب أو يخرق ، أو الحجام يجمي في حجامته ، أو الختان يختن فيسبق موساه إلى الحشفة أو يتجاوز حدّ الختان ، و كذا الكحال و البيطار ، مثل أن يحيف على الحافر ، أو يفصد فيقتل ، أو يجمي ما يضرّ الدابة ، و لو احتاط و اجتهد من غير فرق عندنا في جميع هؤلاء بين المشترك و الأجير الخاص منهم ، و بين كون العمل في ملكه أو ملك المستأجر ، و بين حضور ربّ المال أو غيبته بالاخلاف أجده في شيء من ذلك بين المتقدمين و المتأخرين منا .

بل في محكي الانتصار الاجماع على ضمان الصانع ، كالخياط و القصّار و ما أشبههما لما جفته أيديهم على المتاع بتعدّ و غير تعدّ ، و في جامع المقاصد و المسالك و التنقيح الاجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقاً كان أو غير حاذق مفرطاً أو غير مفرط ، و في محكي السرائر نفى الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الملاحين و المكاريين ما تجنيه أيديهم على السلع ، و في التنقيح نفى الخلاف عن ضمان الصانع ، و في الكفاية أنه لا يعرف فيه خلافاً ، و في محكي الخلاف و الفنية الاجماع على ضمان الختان و الحجام و البيطار .

كل ذلك مضافاً إلى سببية الاتلاف للضمان وإلى صحيح الحلبي^(١) وحسنه عن أبي عبد الله عليه السلام «في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

و كذا خبر السكوبي^(٢) و الكنائي^(٣) و إلى المرسل^(٤) عن أمير المؤمنين عليه السلام «من تطبب أو تبيطر، فليأخذ البراءة من دليته، وإلا فهو ضامن» وأنه^(٥) «ضمن ختانا قطع حشفة غلام» الذي عن المقتصران عليه عمل الأصحاب وعن تعليق النافع أن عليه العمل وديات النافع أنه مناسب للمذهب، بل عن السرائر أنه صحيح. ومن ذلك يعلم الحال في ضمان الحجام والختان، وإن لم يتجاوز محل القطع إذا تفاق حصول التلف بفعله، لكن في محكي السرائر لو لم يتجاوز محل القطع مع حذفهم في الصنعة، فاتفق التلف، فإنهم لا يضمنون، وعن الكفاية أنه غير بعيد.

و فيه أنه مناف لقاعدة الاتلاف وغيرها، ومن هنا قال في جامع المقاصد: بعد أن حكا عنه هذا صحيح إن لم يكن التلف مستنداً إلى فعلهم، ولكن قد يناقش بعدم صدق الجناية على ذلك، ونحوه مما بين مستأجر عليه ومأذون فيه، بل لعل ذلك هو التحقيق في المسألة، وبين ضمان الصانع لما يجنيه أيديهم وإن كان من غير تقصير منهم، بل وكذا الطبيب والبيطار إذا حصل التلف بالطبابة والبيطرة، ولعل ذلك مقتضى القاعدة فضلاً عن النصوص التي سمعت جملة منها.

و في خبر بكر بن حبيب^(٦) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا يضمن القصار إلا ما جنت يده، وإن اتهمته أحلفته» وحينئذ لا ضمان مع عدم الفساد من حيث الصنعة والعمل،

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١٩

- ١٠ - ١٣ -

(٤) (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موجبات الضمان الحديث - ١ - ٢

(٦) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الاجارة الحديث - ١٧ .

و إن اتفق نقصان قيمة الثوب مثلاً بحصول العمل منه ، و كذا المأمور بالختن و الحجامة و نحوهما ، و لم يكن منه فساد و خيانة من حيث العمل المأمور به ، و إن اتفق التلف به .

نعم لو كان ذلك بعنوان العطبارة والبيطرة ترتب الضمان لحصول الفساد بما كان يراد منه الصلاح و إن لم يكن عن تقصير و الله العالم .

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين البيطار والطبيب في كثير من الأدلة السابقة و حينئذ ينبغي إتحاد حكم الطبيب معه ، بل هو أحد الصنائع ، بل داخل في إطلاق صحيح الحجابي وغيره من النصوص ، مع أخذه الأجرة على ذلك ، من غير فرق بين القاصر الذي حكى الإجماع على ضمانه ، والعارف المقصّر الذي نفى الخلاف عنه ، بل عن ظاهر ديات التنقيح الإجماع على ضمان العارف إذا عالج صبيها أو مجنوناً أو مملوكاً بدون إذن الولي و المالك ، و هو كذلك .

بل يقوى الضمان أيضاً في العارف الماهر علماً و عملاً المأذون بأجرة و غيرها فأتلف ، للمرسل المزبور ، وقاعدة الإلتلاف والقتل خطأ وأنه لا يطل دم امرئ مسلم و غير ذلك ، والأذن في العلاج لا في الإلتلاف لا تنافي الضمان به ، كما في الصنائع و غيره ، و لم أجد خلافاً صريحاً في ذلك إلا من المحكي عن ابن ادريس والتحرير ، فلم يضمنه لأصل المقطوع بما عرفت ودعوى سقوط الضمان بالإذن المقتضية تسوية الفعل فلا يستعقب ضماناً الممنوعة على مدعيها .

و من هنا اتفق من عداهما من الأصحاب على الضمان و إن خلت جملة من العبارات عن التقييد بالإذن ، لكن حماها على خصوص حال عدم الإذن لادليل عليه ، ولاداعي إليه إلتما الكلام في صدق إلتلافه ولا ريب في تحققه بمباشرة العلاج بنفسه ، بل و بأمره بناء على قوة السبب على المباشر في مثله ، بل و بوصفه له أن دواءك كذا و كذا ، كما عن التذكرة التصريح به .

بل عن بعضهم التأمل في ضمانه لو قال : الدواء الفلاني نافع للمرض الفلاني ، إلا أنه كما ترى منافي لأصول المذهب و قواعده ، بل الظاهر عدمه لو قال مثلاً : لو

كنت مريضاً بمثل هذا المرض لشربت هذا الدواء كما أن المشهور على ما قيل البراءة بأخذها من المريض أو الولي للمرسل المزبور وغيره مما سمعه إنشاء الله في كتاب الديات الذي هو محل المسألة وتوابعها .

و كيف كان فما ذكرناه في أصل المسألة إنما هو التلف وما شابهه بيده ﴿أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه ، من غير تفريط ولا تعد لم يضمن على الأصح﴾ للأصل و كونه أميناً ، لكن في المسالك «قيل : أنه كذلك في الضمان ، بل ادعى عليه المرتضى الاجماع ، و ما اختاره المصنف أقوى ، لاصالة البراءة ، ولأنهم أمناء ، فلا يضمنون بدون التفريط ، و في كثير من الأخبار دلالة ، والاجماع ممنوع» .

قلت : خلاف المرتضى و اجماعه إنما هو في تصديق دعواه التلف ، و هو غير ما نحن فيه من معلوم التلف في يده بغير تعد ولا تفريط ، و ستمتع تحقيق ذلك في المسألة الثانية من الفصل الرابع ، و حينئذ لم اعرف الاشارة بالأصح في المتن إلى خلاف معلوم لأصحابنا .

﴿و كذا الملاح﴾ يضمن ما يتلف بيده و حذفه ، أو ما يعالج به السفينة من الاحبال و الأخشاب ، بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد نسبتة للنص و الاجماع ، و قد سمعت معقد اجماع الانتصار و نفي الخلاف في السرائر و النصوص و غير ذلك مما يندرج فيه من غير فرق بين تعديه و تفريطه و عدمهما ، و بين حضور المالك و غيبته ، كما عن السرائر التصريح به .

﴿و﴾ كذا يضمن ما يتلفه ﴿المكاري﴾ آدمياً وغيره بقوده و سوقه ، و انقطاع الجبل الذي شد به حبله مثلاً كما نص عليه غير واحد ، بل في جامع المقاصد نسبتة إلى النص و الاجماع ، ولعله اراد النصوص السابقة ، و قد سمعت نفي الخلاف في السرائر و معقد اجماع الانتصار .

بل يمكن دعوى تناول الفتاوى له ، و ان وقع لفظ الصانع في بعضها ، إلا أنه يمكن ارادة مطلق الاجير منه . كما سمعته في النصوص و لعله لذلك ادعى في

الجامع الاجماع بقرينة احتمال كون تعثر الدابة جنائية من الأجير في حال كونه معها ، وإن كان يقوى القول بأنه حال عدم اعتياد قود الدابة لمكان استواء الأرض ، كاتكسار السفينة الذي هو ليس من فعل الملاح ، وفي خبر السكوني ^(١) عن أمير المؤمنين عليه السلام « أنه كان لا يضمن من الفرق والحرق » .

﴿ وعلى كل حال لا إشكال في أصل ضمائهما بما عرفت ، بعد وضوح الدليل عليه ، كوضوحه على أنهما ﴾ لا يضمنان ﴿ مع عدم التلف منهما ، ﴾ إلا ما يتلف ﴿ بتعد أو ﴾ عن تفريط ﴿ منهما على نحو غيرهما من الأمانة ﴾ على الأ شبه ﴿ بل لم يحضري خلاف فيه ، لما ستعرف من أن خلاف المراضى وغيره في قبول قولهما ، لا في عدم ضمائهما مع معلومية التلف كذلك والله العالم .

و أمّا الحمل فيضمن ما يسقط عن رأسه مثلاً بعثرته و نحوه ما يستند به التلف إليه ، للأدلة التي سمعتها ، مضافاً إلى الصحيح ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه شيء قال : هو ضامن » بناء على عود الضمير المجرور إلى المتاع ، وكون الحامل أجيراً مثلاً ، المعتضد بخبر زيد ابن علي ^(٣) عن آبائه عليهم السلام « أنه أتى بحمّال كانت عليه قارورة عظيمة كان فيها دهن ، فكسرها فضمنها إتياءه ، وكان يقول كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن » الحديث ولغيره من النصوص .

وبما في جامع المقاصد من نسبته إلى النص والاجماع الذي لم يجد ما ينافيه ، إلا ما يحكى عن كشف اللثام من أن الموافق للأصول عدم ضمانه إلا مع التفريط ، أو كونه عارية مضمونة ، قيل : ونحوه عن المسالك ، وفيه أن عدم ضمان الأمين إلا بذلك فيما يتلف في يده ، لا بفعله ، أمّا هو مما كان نحو الصانع ، من الأجير ونحوه فعلى قاعدة الضمان بالاتلاف ، ومندرج في النصوص السابقة وغيرها .

(١) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ٤ .

(٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ١١ - ١٣ .

ولو قال المالك للخياط مثلاً : ان كان يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه ، فلم يكف ضمن ، ولو قال هل يكفي قميصاً ؟ فقال : نعم ، فقال : اقطعه فلم يكفه لم يضمن ، كما في القواعد وغيرها لعدم الإذن في الأول بخلافه في الثاني ، وإن كان صدوره منه اعتماداً على قول الخياط ، لكنه من الدواعي .

وعن أبي ثور الضمان بذلك ، لقاعدة الغرور ، وفي جريانها هنا نظر واضح ، بل يتوقف في الضمان في الصورة الأولى التي يمكن القول فيها بأن مدار الإذن على الاجتهاد في ذلك ، والفرض أنه قد غلب على ظنّه ذلك ، فهو في الحقيقة مأذون ، والأصل براءة الذمة ، فتأمل جيداً والله العالم .

ولو أتلّف الصانع الثوب بعد عمله تخيّر المالك في تضمينه إتياء ، غير معمول ولا أجر عليه ، وفي تضمينه إتياء معمولاً ويدفع إليه أجره معاملة للعمل معاملة المبيع قبل قبضه إذا أتلّفه البايع ، فلا يتوجه دعوى الإفساخ قهراً وتضمينه الثوب غير معمول ، لأنه إنما يتم بالتلف بآفة سماوية ، لا في الإتلاف .

كل ذلك بناء على اعتبار تسلم العمل بتسليم العين في المعاوضة ، أمّا على القول بالإكتفاء بإيجابه في عين المالك ، وإن لم يتسلمه المالك ، إتجه حينئذ ضمانه معمولاً في الفرض ، ضرورة كونه من صفات مال المالك ، كما أنه يتجه حينئذ المطالبة بالأجرة مع فرض التلف بآفة سماوية ، فتأمل .

ولو فرض نقصان قيمة الثوب عن الغزل كان له قيمة الثوب ، للإذن في النقص ، ولا أجرة للعمل ، لعدم تسليمه .

وما عساه يقال : من أنه مع فرض ثبوت الخيار له في ذلك الذي هو المراد في المسألة السابقة ، يمكن حينئذ دعوى أن له الفسخ لعدم حصول المعاوضة ، والمطالبة بقيمة الغزل التي ليس له غيرها مع فرض التلف بآفة سماوية ، يدفعه أنه حيث لا يكون لعمل الاجير أثر في زيادة القيمة ، والفرض أنه أتلّفه قبل القبض ، فليس له المطالبة بالأجرة ، وليس للمالك مطالبة الاجير بشيء عنه وإن اورث نقصاً ، لأنه ما ذنه ،

بخلاف ما لو كان له أثر في الزيادة ، فإن له المطالبة به منسوجاً مع دفع الأجرة ،
وغير منسوج بدونها هذا .

و في قواعد الفاضل لو وجب ضمان المتاع المحمول تخيير صاحبه بين تضمينه
إتياء بقيمته في الموضع الذي سلمه ولا أجر له ، وتضمينه في الموضع الذي أفسده ، ويعطيه
الأجر إلى ذلك المكان كذلك .

وفيه أن مقتضى القواعد استحقاق الأجير أجرته إلى ذلك الموضع و ضمانه
القيمة حال التلف لا التخيير المزبور ، وليس هو كالمسألة السابقة الذي يكون العمل
فيها في عين المالك ، الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها ، إذ ليس العمل هنا إلا
الحمل والنقل ، وأما وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانة في يده كما هو
واضح بأدنى تأمل .

وكذا ما فيها أيضاً من أنه لو استأجره لحياكة عشرة في عرض ذراع ففسده
زايداً في الطول ، فلا أجرة له على الزيادة للتبرع وله المسمى ، لا يخلو من نظر أيضاً
ضرورة عدم اثباته بالعمل المستأجر عليه ضرورة مخالفته في آخر العاكة الأولى من
الغزل ، لأنه كان عليه أن يعطفها عند بلوغ العشر حتى يعود إلى الموضع الذي بدء
منه فهو مخالف فيه وفيما بعده ، فلا يستحق أجراً أصلاً ، وكذا إن زاد فيه وفي العرض ،
أو في العرض خاصة ، وإن احتمل في القواعد هنا ذلك والمسمى أيضاً كما لو نقص
فيهما قال : لكن هنا إن أوجبناه أسقط منه بنسبة الناقص ، وفيه ما عرفت وأن الملتجئ
في الجميع عدم الأجر ، بل يضمن الأرض لو فرس نقص الغزل بذلك . والله العالم .

المسألة السادسة : من استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه * مثلاً * كانت نفقته
على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير * كما في النهاية والقواعد والارشاد والروض
على ما في بعضها ، بل في اللمعة أنه المشهور وإن كنا لم نتحققه لغير من عرفت ممن
تقدمه بل لعل المتحقق خلافه ، إذ العكس خيرة السرائر والتذكرة والمختلف والتحرير
والإيضاح و جامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة ، ومجمع البرهان والتنقيح

والكفاية على ما حكى عن بعضها ، بل في التذكرة عن ابن المنذر لا أعلم في ذلك خلافا ساكتا عليه .

بل لعل ذلك هو الأقوى في النظر ، ضرورة عدم اقتضاء عقد الاجارة من حيث هو كذلك إلا وجوب العوضين ، وعدم الدليل الشرعي الدال على وجوبه تقييداً .

والمصحيح^(١) المروي في الكافي والتهذيب عن سليمان بن سالم « سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلاً بنفقة ودرهم مسمّاة على أن يبعثه إلى أرض . فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر والشهرين ، فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقة المستأجر ، فنظر الاجير إلى ما كان ينفق عليه في الشهر إذا هو لم يدعه ، فكافى به الذي يدعوه ، فمن مال من ، تلك المكافاة ؟ أمن مال الاجير ، أم من مال المستأجر ؟ قال : إن كان في مصلحة المستأجر فهو من ماله ، وإلا فهو على الاجير ، وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسمّاة ولم يفسر شيئاً على أن يبعثه إلى أرض أخرى فما كان من مؤنة الاجير من غسل الثياب والحمام فعلى من ؟ قال : على المستأجر ، مع جهل راويه فإنه على ما قيل لم يذكره علماء الرجال ، وعدم الجابر لما عرفت ، بل قد سمعت الاعراض عنه ممن ذكرنا - ظاهر صدرنا وعجزنا في ذكر النفقة في العقد ، وهو خارج عما نحن فيه .

و حينئذ يكون الوجه في السؤال الأول أن الاجير المشترط نفقته إذا اتفق بذلها من صديق ونحوه يبقى على استحقاقه لها مع فرض كون ذلك البقاء لمصلحة المستأجر حتى يكون مستحقاً للنفقة ، وفي الثاني أن النفقة المعتبرة أجرة من غير تعرض لتفصيلها يدخل فيها مثل غسل الثياب ودخول الحمام بخلاف الداء ونحوه . نعم هو ظاهر في جواز اشتراط النفقة من غير تعرض لمقدارها ، بل انكالا على تقديرها الشرعي أو العرفي ، بل ظاهر في جواز جعلها أجرة أو جزؤها ، وهو وإن كان منافياً لما ذكره بعضهم ممن لم يوجبها إلا بالشرط من وجوب التعرض لتفصيلها

(١) الوسائل الباب - ١٠ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ .

تحرزاً من الجهالة المفسدة لعقد الاجارة -

إلا أنه يمكن القول به هنا للعموم ، والخبر المزبور المعمول به في الجملة الظاهر في الاكتفاء بمثل ذلك في دفع مثل هذا الفرر في الاجارة و إن وقعت النفقة جزأ من الأجرة فضلاً عن أن تكون شرطاً الذي قد صرح في محكي التذكرة هنا بعدم ضرر جهالته ، لأنه من التوابع حينئذ كاس البجدار ، كما أن ظاهر الأصحاب المفرغية من جواز الاستيعجار للإيفاء في حوائجه على الاجمال انكالا على المعتاد المقدور له و اللائق بحاله من ذلك .

و حينئذ مع التشاح يجب على المستأجر بذل أقل مطعوم مثله و ما يوسه من الجنس المعتاد على حسب ما هو محرر في تقدير النفقات الواجبة في الشرع و لو استغنى الاجير لمرض أو بطعام نفسه لم يسقط حقه الذي قد حصل في العقد جزأ أو شرطاً ، ولو أحب الأجير أن يستفضل بعض طعامه جاز و إن كان مرضعة مالم يكن في ذلك نقص في منفعة المستأجر كما هو واضح .

المسألة (السابعة) : إذا آجر مملوكاً له صانعاً مثلاً ففُسد كان ذلك لازماً لمولاه في سعيه فإن قصر ففي ذمته ، يتبع به بعد العتق و كذا لو آجر نفسه باذن مولاه للصحيح (١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل استأجر مملوكاً فيستهلك ما لا كثيراً ؟ فقال : ليس على مولاه شيء ، و ليس لهم أن يبيعه ، و لكنّه يستسعى و إن عجز فليس على مولاه شيء ، و لا على العبد شيء ، المحمول عليه الحسن (٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل كان له غلام استأجر منه صابغ أو غيره ، قال : إن كان ضيّع شيئاً أو أبق منه فمواليه ضامنون » .

و حينئذ فما في النهاية ومحكي الكافي - من اطلاق كون الضمان على المولى و محكي السرائر من اطلاق عدم ضمانه و تبعه في جامع المقاصد . نعم قال : و إن كانت جنايته على نفس أو طرف كما لو كان طبيباً تعلق برقبة العبد و للمولى فداؤه

بأقل الامرين من القيمة أو الأرض، لكن هذا لا يتقيد بإذن المولى -

وما في المسالك من التعلق بالكسب إن كان في العمل الذي يعمل فيه من غير تفريط ، وإن كان بتفريط تعلق في نعمته يتبع به إذا اعتق ، لأن الإذن في العمل لا يقتضى الإذن في الإفساد - في غير محله ، وكالاتجاه في مقابلة النص الذى مع فرض الاعراض عنه يتجه ما سمعته من الحلبي و جامع المقاصد ضرورة عدم اقتضاء الإذن من المولى في الاجارة الضمان في كسبه مع الافساد ولو بغير تفريط .

المسألة (١) الثامنة : صاحب الحمام لا يضمن إلا ما أودع ﴿ و قبل الإيداع ﴾ و فرط في حفظه أو تمدى فيه ﴿ بلاخلاف في شيء من ذلك و لا اشكال ، بعد حمل اطلاق عدم الضمان في محكي المقنعة على ذلك .

ففى المرسل (١) « عن امير المؤمنين عليه السلام أنه اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه ، وقال إنما هو أمين » .

و في خبر السكوني (٢) « عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كان يقول لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من الثياب ، فإنه إنما أخذ الجعل على الحمام ، و لم يأخذ على الثياب » و نحوه خبر اسحاق بن عمار (٣) عنهم عليه السلام أيضا بدون التعليل .

و في خبر ابى البختري (٤) « عن جعفر أيضا عن أبيه عليه السلام أن عليا عليه السلام كان لا يضمن صاحب الحمام ، و قال : إنما يأخذ أجرا على الدخول إلى الحمام ، و لكن قد يفهم من الاخير و خبر السكوني الضمان باستيجاره للحفظ و إن لم يكن بتفريط ، و هو مناف لقاعدة الامانة ، ضرورة عدم الزيادة على ذلك بالاستيجار .

و للصحيح (٥) « عن رجل استأجر أجيرا فاقعده على متاعه فسرق ، قال : هو

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٢٨ من أبواب احكام الاجارة الحديث - ٣-١

و دليله عن ابن مسكان - ٢

(٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب احكام الاجارة الحديث - ٣

مؤمن . نعم قد يقال : لا أجر له لعدم حصول العمل المستأجر عليه . والله العالم .
 المسألة ﴿ التاسعة ﴾ : إذا اسقط الأجرة بعد تحققها في الذمة ﴿ و إن لم يستحق تسلمها ﴾ ﴿ صح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال بعد معلومية مشروعية الإبراء بلفظه أو مادل عليه من الإسقاط ﴿ و ﴾ نحوه نعم ﴿ لو اسقط المنفعة ﴾ في العين ﴿ المعينة لم تسقط ﴾ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال ﴿ لأن الإبراء لا يتناول إلا ما هو في الذمة ﴾ من أجرة أو عمل فيها أو منفعة كلية ، وشبه ذلك مما هي محلّه ، كما هو واضح والله العالم .

المسألة ﴿ العاشرة ﴾ إذا آجر عبده ثم اعتقه ﴿ صح ﴾ العتق قولاً واحداً لعدم أدلته ﴿ ولم تبطل الاجارة ﴾ أيضاً كذلك للعموم أيضاً ، وإن حكى عن ايضاح النافع أنه قال : وربما قيل : يبطلانها فيضمنها السيد للمستأجر ، إلا أن الظاهر كونه لبعض الشافعية لا لأحد من اصحابنا الذين اطبقوا على عدم بطلانها بالبيع إلا أن يكون قد باعه على المستأجر ، فإن بعضهم استشكل فيه أو خالف ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ تستوفي المنفعة التي تناولها العبد ﴾ من العبد الذي يجب الوفاء بها إن كان مكلفاً .
 ﴿ ولا يرجع العبد ﴾ على مولاه بأجرة مثل عمله و منفعته بعد العتق التي قد اعتق مسلوباً عنها ، وكانت ملكاً لمولاه وقد ملكها غيره بالاجارة .

فما عن الشافعي - في القديم من رجوعه بذلك بل احتمله جماعة من اصحابنا بل عن الشيخ وابن ادريس حكايته قولاً ، وظاهرهما انه لا أصحابنا وإن كنا لم نتحققه - واضح الضعف .

واضعف منه ما ذكر في توجيهه من أن إزالة الرق تقضي ملك العبد للمنافع ، فإذا سبق نقل المولى لها فانت عليه فيرجع ﴿ على المولى بأجرة مثل عمله بعد العتق ﴾ بسوئها ، وهو أجرة المثل فكان كما لو اكرهه على عمل ، إذ هو كما نرى ، ضرورة أن المكره متعد ، والعبد لم يكن مالكا للمنافع التي قد استقر ملك المستأجر عليها ، والرق إنما زال عنه مسلوب المنافع تلك المدة فلا رجوع له على أحد .

و أما نفقته مدّة الاجارة فهي على المستأجر قطعاً إن شرطت عليه ، و إلا مع فرض عجزه عنها لعدم مال ، فعلى المعتق عند الفاضل في القواعد ، لأنه كالباقى على ملكه ، حيث ملك بعض نفعه ، و ضعفه واضح ، ضرورة أن المقتضى لها الملك ، و قد زال ، أو في بيت المال كما عنه أيضاً في التذكرة ، و في الحواشى و جامع المقاصد و ايضاح النافع و المسالك فإن لم يكن وجب على الناس كفاية ، أو على العبد نفسه يكتسبها في غير مدة المستأجر ، و مع فرض التعذر يسمى كل يوم بقدر النفقة ، و يصرف باقى اليوم للمستأجر و يحتسب ما سعى به على المستأجر من مدته .

و فيه أن نفقته حينئذ على المستأجر الذي قد عرفت عدم وجوبها عليه ، ولو قيل باحتساب مقدار أجرة المثل أو قيمة ما اكتسبه في ذمة العبد للمستأجر لكان حسناً ، بل لا بد من القول به مع فرض الانحصار فى ذلك ، لعدم بيت المال ، ضرورة تقدم النفقة على كل واجب في الذمة ولو للغير والله العالم .

﴿و لو آجر الوصي﴾ مثلاً ﴿صبيّاً مدة﴾ مثلاً ﴿يعلم بلوغه﴾ و رده ﴿فيها﴾ لو كان رشيداً ﴿يطلت في المتيقن﴾ لعدم كونه ولياً فيها فتصرف حينئذ فضولي ان لم يعتبر في صحة المجيز في الحال و عليه يحمل البطلان في المتن ، و إلا كان العقد باطلا حقيقة ﴿و صحّت في﴾ الزمان ﴿المحتمل﴾ بلا خلاف كما عن الخلاف بمعنى الحكم بصحته ظاهراً لتحقيق الولاية المقتضية لصحة ذلك .

﴿و لو اتفق البلوغ فيه ، فهل للصبي الفسخ ، بعد بلوغه﴾ بمعنى عدم اجازة العقد الفضولي المفروض صحته التي هي القابلية لترتب الأثر ﴿قيل : نعم﴾ واختاره في المبسوط و القواعد و الإرشاد و التذكرة و السراير و قواعد الشهيد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك لعدم الولاية له في هذا الحال فيكون التصرف فيه فضولاً . ﴿و﴾ لكن ﴿فيه﴾ عند المصنف ﴿مردد﴾ بل عن الخلاف الجزم بلزومها ، لوقوع الاجارة من أهلها في محلها في وقت لم يعلم لها منافع ، فتستحب ، وفيه ما عرفت من أنه بالنسبة إلى الحال المفروض ليس من أهلها ولا في محلها ، والجهل لامدخلية له في تغير حكم الموضوع واقعاً .

نعم لو فرض اجارة الولي المدة الزائدة على سن البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتبج لزوجها وكذا الكلام في ماله وليس مفروض المسألة هنا كذلك وإنما هو اجارتها في مصلحة له مستمرة باستمرار الزمان عليه ولا ريب في أن المتبج في هذا صحتها ولزوجها إلى حال البلوغ والتوقف على الاجارة في غيره ضرورة عدم الولاية لاحد بعد البلوغ والرشد عليه ولو في مصالحه .

وبذلك ظهر لك الحال في موضوع المسألة فلا يشكل بان فرض موضوع الاجارة زايد على مدة البلوغ إن كان في مصلحة الصبي صحت ولزمت عليه والا لم تصح من مثل الوصي حتى فيما قبل البلوغ اذ قد عرفت الفرق بين المصلحة للصبي حال صباه وبينها مستمرة إلى ما بعد بلوغه فالاولى هي التي ينفذ معها التصرف ولو كان الاجارة فيما بعد البلوغ بسنين بخلاف الثانية فانها تلزم حال عدم البلوغ ويبقى الباقي على الاجارة ولا يشكل صحتها حينئذ بالجهل بالمدة ضرورة الاكتفاء بالعلم في الجملة في دفع الفرر .

فما في الارشاد من الحكم بالبطلان بالبلوغ في الفرض محمول على ارادة الفضولي لا البطلان من رأس ، للجهالة ، وان احتمله بعضهم مؤيدا له بما في القواعد من الحكم ببطلان استيجار العبد مدة يعلم موته قبل انقضائها للجهالة ، إلا أنه كما ترى .

وعلى كل حال ففي المفروض لومات الولي أو انتقلت الولاية إلى غيره لم يبطل الاجارة الاولى الجامعة لشرائط الصحة والزوج التي هي أولى من الوكالة ولا يشكل ذلك بأن مقتضاء عدم اجارة ناظر الوقف حينئذ ، فان التزامه غير معلوم البطلان . نعم يتجه إنفاذها مع عدم الاجارة لومات للبطن الثاني التي لم تكن الاجارة الراجع إلى مصالحتهم ، وإنما هو كمفروض المسألة أنه آجر الوقف على حسب المصلحة المستمرة الحاصلة لأهل البطن الأول ، والبطن الثاني الذي هو غير ولي عليهم في مصالحهم المقارنة لوجودهم الذي أمرها إليهم نحو ما قلناه فيما نحن فيه فتأمل فانه

دقيق نافع .

المسألة ﴿ الحادية عشرة : إذا تسلم أجيراً ﴾ بعقد صحيح ﴿ ليعمل له ﴾ عملاً أو ﴿ صنعة فهلك ﴾ بعمله أو غير عمله ﴿ لم يضمنه صغيراً كان أو كبيراً حراً كان أو عبداً ﴾ مع فرض عدم التفريط منه وعدم التسبب الذي يقوى على المباشرة بلا اشكال ولا خلاف بل في المسالك هو موضع وفاق منا ومن العامة ، وفي التنقيح اجماع المسلمين .

لكن عن المبسوط أنه حكى عن الشافعي في العبد قولين وعن الخلاف عن قوم الضمان في أصل المسألة والأمر سهل بعد معلومية الحال ، وهو عدم الضمان من حيث كونه أجيراً ، للأصل بعد فرض أن اثبات يده بحق ، وهو استيفاء المنفعة التي ملكها بل لا فرق بين هلاكه في مدة الاجارة وبعدها ، إذ لا يجب على المستأجر رد العين على مالكتها على تقدير كونها مملوكة ، وإنما الواجب عليه التخلية بينه وبينها فإذا كان حراً أولى .

نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المدة صار بمنزلة المغصوب إذا كان مملوكاً أما الحر فستعرف الحال في البالغ وغير البالغ والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية عشرة : إذا دفع سلعة ﴾ مثلاً ﴿ إلى غيره ، ليعمل ﴾ له ﴿ فيها عملاً فان كان ممتن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالفستال والقصار فله أجرة مثل عمله ﴾ لأصالة احترام عمل المسلم الذي لم يظهر من فاعله التبرع إذ هو كعين ماله فضلاً عن أن يكون ظاهره الأجرة كما في الفرض بل الظاهر عدم اعتبار دفع السلعة في ذلك ، ومن هنا جعل العنوان في الارشاد الأمر بالعمل الذي له أجرة في العادة بل الظاهر عدم اعتبار الأمر في ذلك أيضاً بل يكفي الاذن فيه ولو بالفعل نحو ما جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه أو دلاك كذلك كما نس عليه في جامع المقاصد .

بل يمكن دعوى عدم الكراهة في عدم تعيين مقدار الاجرة في مثل هذا باعتبار

معلومية أجرة مثله ، فلا يندرج حينئذ فيما دلّ على النهي عن ذلك مع احتماله .
ثم لا يخفى عليك أن ظاهر المصنف وغيره بل ومقتضى القواعد كون الثابت في
الفرض أجرة المثل التي هي قيمة العمل في مقابلة العين لا ما ضرب به العامل لنفسه ،
وان زاد عنها ولا ما قصده الدافع وإن قلّ عنها ضرورة كون المقام من الضمانات لا
المعاملات ، والضمان للشيء إنما هو بقيمته ، أما المعاملة فلا بد من الموافقة على المسمى
منهما كما هو واضح .

وعلى كل حال فلا اشكال ولا خلاف في الاجرة في أصل المسألة بل ﴿ وإن لم
تكن له ﴾ أي العامل ﴿ عادة وكان العمل مما له اجرة ﴾ فيها ﴿ فله ﴾ أي العامل
﴿ المطالبة لأنه أبصر بنيته ﴾ التي هي إرادة الاجرة عوض عمله ، أو عدم قصد التبرع
فإن ذلك كاف في تحقق الأجرة للأصل المزبور ، وإن أراد الدافع التبرع ، ﴿ و ﴾
لعله المراد مما في المتن .

نعم ﴿ وإن لم يكن مما له اجرة بالمادة ﴾ ، لم يلتفت إلى مدعيها ﴿ بل وإن
بوى العامل الاجرة بذلك لم يكن له ، للأصل وعدم تقومه المانع من ضمانه ، بناء
على أن ذلك هو المراد من قولهم لا اجرة له في العادة .

وحينئذ فلو كان متقوما عرفاً لزمته الاجرة بمجرّد الأمر بفعله ، وإن جرت
المادة بعدم أخذ الاجرة عليه كاستيذاء المتاع الذي احتمل منه الاجارة ، إلا أنه
استبعد في جامع المقاصد ، واستحسن إرادة الأعم من ذلك وهو ما لا اجرة له في العادة
سواء كان متقوماً بحيث يجوز مقابله بالعوض أم لا ، وقال : « إن ظاهر العبارة لا
يأبى العموم » .

قلت : قد عرفت أن ضمان الاجرة بالإذن إنما هو لأصالة احترام العمل ،
وعدم اعتياد اخذ الاجرة عليه لا ينافي احترامه في الواقع على وجه يجعله كالمقصود
به التبرع .

ودعوى — أن عدم الاجرة له في العادة تقضي بقصد التبرع — يدفعها أن مفرض

البحث هنا بيان حكم الموضوع واقعاً لا حكم التداعي ظاهراً مع أنه يمكن دعوى كون القول قول العامل أيضاً لأنه أبصر بنيته ، وكون العادة كذلك لا يقتضى قصد التبرع ، كما أن عدم العادة للعامل في الصورة السابقة التي حكم فيها بالأجرة بلا خلاف في ذلك .

ومن هنا بان لك النظر فيما ذكره الشهيديان وغيرهما من الفرق بين ما في استئن ومحكي التذكرة والتحرير وبين ما في قواعد الفاضل حيث اكتفى في ثبوت الأجرة بكون العمل ذا أجرة في العادة ، كما لو دفع للحداد مثلاً سكينا فقال : افتحها ، ولم يكن فتحها من العمل الذي يستأجر عليه عادة لكونه ميسوراً بخلاف ما في القواعد .

أما غير هذه الصورة فمقتضاها نفياً وإثباتاً متحدان إذ قد عرفت أن عدم الضمان فيما لا أجرة له في العادة ، لعدم أجرة المثل له فلا يتصور ثبوت عوض له في الذمة ، وإن صح مقابله بالعوض بالتراضي وكون الحداد ناصباً نفسه لآخذ الأجرة لا يقتضى ثبوت أجرة مثل للعمل المدفوعة إليه ، وإن لم يكن له مثل في الخارج ، وكذا الخياط وغيرهما من الصنائع فيكون المقصود للمصنف في ذكر الأمرين بيان المفروغية من الصورة الأولى .

وأما الصورة الثانية فهي كذلك أيضاً إلا أن فيها احتمال العدم باعتبار عدم كون العامل ممن نصب نفسه لذلك ، حتى يكون قرينة على إرادتها بل لم يصرح أحد منها بها .

بل قد عرفت إمكان فرضها بما إذا خليا في الواقع عن قصدهما ، والأصل البراءة ، إلا أنك قد عرفت ثبوتها لا لأنها من المعاطاة ، فإن الشرايط فيها مفقودة ، بل من باب الضمان لاحترام عمل المسلم ومساواة منافعهم مع الاستيفاء لأعيان ماله فيضمن حينئذ بذلك مع الإذن فضلاً عن الأمر بأجرة المثل .

والأصل في ذلك أن الموجود في الخلاف والمبسوط الاقتصاد على خصوص الصانع

على ما حكى قال في الاول : «إننا سلم الثوب إلى غسّال ، وقال له : اغسله و لم يشترط الاجرة ولا عرض له بها ، ففسله لزمته الاجرة » و بمعناه قوله في المبسوط « إذا أمره بفسله كان عليه الأجرة » بل عن الخلاف زيادة أنه إن لم يأمره بفسله لم يكن له أجرة فاراد المصنف بيان عدم اعتبار اعتياد العامل في الأجرة ولا الأمر فصرّح بها في صورتين .

و بالتأمل فيما ذكرنا بان لك التحقيق في جميع أطراف المسألة على وجه لا يخفى عليك ما في كلمات بعض الاصحاب بعد الإحاطة بذلك .

المسألة ﴿ الثالثة عشرة ﴾ : كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة ﴿ الواجبة على الأجير ﴾ فعلى المؤجر كالخيوط في الخياطة و المداد في الكتابة ﴿ و الأقالم فيها و الكش في التلقيح والصبغ في الصباغة و إن لم يكن عادة تقضي بوجوبه على المستأجر ، لدليل المقدمة .

لكن في المسالك و الروضة و عن موضع من التذكرة أنه مع انتفاء العرف أو اضطرابه فعلى المستأجر ، لأن المقصود من الاجارة العمل ، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الاجارة على وجه يجب أداؤها لأجلها إلا في شواذ تثبت على خلاف الأصل كالرضاع و الاستحمام .

و فيه ما عرفت من أن وجوبها ليس للدخول في مفهوم الاجارة ، بل لمقدمة الواجب الذي الأصل فيه أن يكون مطلقاً لا مشروطاً ، خصوصاً مع ملاحظة ^(١) «أوفوا بالعقود» .

نعم في الحواشي و عن مجمع البرهان وجوب التعمين مع عدم العادة أو اختلافها ، و إلا بطلت الاجارة ، و فيه أنها من التوابع ، و ليست من مورد الاجارة الذي يعتبر فيه المعلومية .

فالتحقيق حينئذ ما ذكره المصنف من الاقوال الثلاثة في مفروض المسألة ، و

أما ما وقع من الاختلاف في خصوص بعض الأشياء فانما هو في تنقيح أصل العادة فيها، وليس هو من وظائف الفقيه .

﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿يدخل المفتاح﴾ للغلق المثبت التابع لإجارة الدار لا مثل القفل و مفتاحه ﴿في إجارة الدار لأن الانتفاع لا يتم الا بها﴾ و قد عرفت وجوب تسليمه على صاحب الدار فتجب مقدماته مضافاً إلى تبعيته للغلق التابع للباب التابعة للدار في الإجارة بل في محكي التذكرة و التحرير وجوب غيره على الموجر لو اتفق ضياعه من المستأجر لتوقف اتصال المنفعة عليه كما في العمارة ، بل عن الأول و جامع المقاصد ثبوت الخيار مع عصيانه و امتناعه .

لكن في القواعد و جامع المقاصد وعن الارشاد و شروحه ليس له المطالبة ببذله مع ضياعه من المستأجر ، و إن لم يكن ضامناً له ، بل هو أمانة لعدم جبر الانسان على إصلاح ملكه و عمارته ، و حينئذ فيصنعه المستأجر لحاجته إن شاء ، كما أنه إن شاء الموجر من غير لزوم لأحدهما .

و فيه أن ذلك ليس لوجوب اصلاح المالك ، بل لوجوب تسليم المنفعة إلى مستحقها ، و لذلك وجب عليه تسليم الدار فارغة الظاهر ، و كذا البالوعة و الحش و مستنقع الحمام ، بل للمستأجر الخيار إذا كانت مملوءة و لم يبادر على وجه لم يفت نفع معتد به على المستأجر ، بل ربما قيل بثبوته بمجرد الايملاء .

نعم يمنع وجوب ذلك بعد تسليم المفتاح إليه ، ومنه يعلم حينئذ قوة ما في جامع المقاصد من عدم وجوب التفريغ عليه في أثناء الإجارة للحش و البالوعة و مستنقع الحمام ، و إن احتمله في القواعد ، بل عن التحرير أنه قرّبه ، و قال ليس كل ما يتوقف عليه الانتفاع بعد تسليم العين و تمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على الموجر ، فإنّ رفع يد الغاصب كذلك ، مع أنه لا يجب ، و الأصل البراءة مع تسليم العين فارغة .

و إن كان قد يناقش بالفرق في موانع الانتفاع بين قصور العين في نفسها لا اتفاق خراب و نحوه ، و بين الامر الاجنبى المانع للمستأجر وإن بقيت هي على قابليتها

ضرورة وجوب توفية المنفعة الراجعة للعين نفسها في تمام المدة .
و على كل حال فلا يجب على المستأجر إصلاح ما فسد من العين باستيفاء
المنفعة الذي هو حقه و حينئذ فليس عليه التنقية للحش و البالوعة مثلاً عند انتهاء
المدة ، و ان حكى عن ظاهر المبسوط ذلك .

نعم قد يقال : بوجوب التنقية من الكناسة كما في القواعد بل فيها أن رماد
الأتون كالكناسة مع أنه استشكل فيه في محكي التحرير قال : « لو خرجت المدة
و في الدار زبل أو قمامة وجب على المستأجر تفرغه على إشكال » و في جامع المقاصد
للنظر فيه مجال ، و لعلمه لأنه من ضرورات انتفاعه بها ، فكانت كالخلا و البالوعة ،
بل ينبغي الجزم بعدم وجوب كناسة ما يكون من الدار نفسها أو ما تأتي به الرياح .
و أما كنس الثلج عن السطح فالظاهر أنه من وظيفة المالك كالعمارة ، بل لا
يبعد ذلك في ثلج العرصة إذا كثف و منع من الانتفاع لما عرفت . نعم لا بأس به مع
عدم كثافته المانعة من الانتفاع إذ هو حينئذ كالكناسة في أثناء الإجارة المعلوم عدم
وجوبها على الموجرو الله العالم .

﴿الفصل الرابع: في التنازع: وفيه مسائل﴾

﴿الاولى: إذا تنازعا في أصل الاجارة فالقول قول﴾ منكرها الموافق للأصل سواء كان ﴿المالك﴾ أو غيره ﴿مع يمينه﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبة وإن كان بعده أو بعد استيفاء الجميع الذي يزعم مدعي الاجارة أنه مورد العقد ، فلا يخلو إما أن يكون المدعي المالك أو المتصرف . فإن كان المالك وحلف المنكر انتفت ووجب اجرة المثل ، فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة إن كان دفعه لاعترافه باستحقاق المالك ، بل يجب عليه إيصاله إليه إن لم يكن دفعه .

و إن كان ليس للمالك قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه إلا أن يكذب نفسه في دعواه الأولى على قول ، منشؤه انحصار الحق فيهما ، وإن زاد المسمى على أجره المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه ويسقط عنه إن لم يكن ، والعين ليست مضمونة عليه في هذه الصورة لاعتراف المالك بكونها أمانة بالاجارة .

و إن كان المدعي المتصرف فحلف المالك استحق أجره المثل ، فله المطالبة إن لم يكن قبض قدرها وإن زادت عن المسمى بزعم المتصرف ، وإن كان المسمى أكثر فليس له المطالبة في الزائد إلا أن يكذب نفسه بالقول السابق ، وإن وجب على المتصرف إيصاله إليه بطريق من الطرق الشرعية ، ولو كان المتصرف قد أقبض المسمى و كان أزيد من أجره المثل فليس له المطالبة بالزائد المعترف بعدم استحقاقه إلا أن يكذب نفسه كما عرفت و إن وجب على المالك إيصاله إليه كذلك ، و لكن العين هنا مضمونة إذا كان المالك منكرأ لأصل الإذن وإلا فلا ضمان .

﴿وكذا لو اختلفا في قدر المستأجر﴾ بفتح الجيم ، فإن القول قول المالك الذي هو المنكر غالباً في مثل ذلك لأصالة عدم وقوعها على أزيد مما اعترف به ، و احتمال التحالف - أو القول به لأن كلا منهما مدّع ومنكر - ضعيف مع فرض

كون الدعوى في أصل وقوع الإجارة كما أوضحناه في نظائر المسألة ، و قلنا ان ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شيء من مورد العقد ، بل أحدهما يقول آجرتك البيت ، و الآخر يقول الدابة مثلاً نحو ما سمعته في البيع الذي لا فرق عند التأمل بينهما بالنسبة إلى ذلك .

﴿ و كذا لو اختلفا في رد العين المستأجرة ﴾ فإن القول قول المالك للأصل ، و حرمة القياس على الودیعة عندنا .

﴿ أما لو اختلفا في قدر الأجرة ، فالقول قول المستأجر ﴾ الموافق لأصل عدم الزيادة على ما اتفقا عليه من قدرها و موردها و مدتها ، و منه يعلم ضعف التحالف هنا كما عرفته هناك .

المسألة ﴿ الثانية : إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع ﴾ من غير تعدد ولا تفریط ﴿ و أنكر المالك ، كلّفوا البيّنة ﴾ على ذلك ﴿ و مع فقدّها يلزمهم الضمان ﴾ على المشهور كما في المسالك بل عن المرتضى دعوى أنه إجماعنا و من متفرداتنا ، الا أن معقده الصانع كالفصّار و الخياط و ما أشبههما إلا أنا لم نجده إلا لليونس بن عبد الرحمن على ما حكى عنه و المفيد و الشيخ في موضعين من النهاية ، مع أننا لم نتحققه للأول منهم ، بل لعلّ ظاهر المحكي عنه يقتضي ضمانهم ما جنته أيديهم ، فليس حينئذ إلا المفيد و المرتضى .

﴿ و قيل : القول قولهم مع اليمين ، لأنهم أمناء و هو أشهر الرايتين ﴾ عملاً إن لم يكن رواية أيضاً إذ هو خيرة النهاية في أول كلامه ، و الخلاف ، و المبسوط ، و المراسم ، و الكافي ، و المذهب ، و الوسيلة ، و السرائر ، و جامع الشرايع ، و التذكرة ، و التحرير ، و القواعد ، و الإرشاد ، و المختلف ، و التنقيح ، و إيضاح النافع ، و جامع المقاصد ، و الرياض ، و المسالك على ما حكى عن بعضها ، بل عن السرائر نسبتها إلى الأكثرين المحصلين ، و أنه الأظهر في المذهب و عليه العمل ، بل عن ظاهر الغنية أو صريحها الإجماع عليه بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقة و أخبارهم .

و يدل عليه مضافا إلى ذلك و إلى قاعدة الأمانة صحيح معاوية بن عمار ^(١)
 « عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الصباغ و القصار فقال : ليس يضمنان .
 و خبر بكر بن حبيب ^(٢) « قلت لا يعبده الله عليه السلام : أعطيت جبة إلى القصار
 فذهبت بزعمه ، قال : إن اتهمته فاستحلفه ، وإن لم تتهمه فليس عليه شيء .
 و خبره الآخر ^(٣) عنه أيضا « لا يضمن القصار إلا ما جنت يده و إن اتهمته
 احلفته » .

و خبر أبي بصير المرادى ^(٤) عنه أيضا « لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا
 الحائك إلا أن يكونوا متهمين ، فيخوف بالبيئة و يستحلف لعله يستخرج منه
 شيئا » .

و هي و إن كان في مقابلها أخبار آخر كحسن الحلبي ^(٥) عنه عليه السلام أيضا
 « في القسار و الصباغ ما سرق منهما من شيء فلم يخرج منه على أمر بين أنه قد
 سرق ، و كل قليل له أو كثير فهو ضامن ، فإن فعل فليس عليه شيء ، و إن لم يرقم
 البيئة و زعم أنه قد ذهب الذي ادعى عليه فقد ضمنه إن لم يكن له بيئة على قوله .
 و خبر أبي بصير ^(٦) عنه عليه السلام أيضا قال : سألته عن قسار دفعت إليه ثوبا فزعم
 أنه سرق من بين متاعه ؟ قال : فعليه أن يقيم البيئة أنه سرق من بين متاعه و ليس
 عليه شيء فإن سرق متاعه كله فليس عليه شيء » .

حسن الحلبي ^(٧) عنه عليه السلام أيضا « أنه سئل عن رجل جمال استكرى منه
 إبلا و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فاهراق ما فيه ؟

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب احكام الاجارة - الحديث - ١٤ -

١٦ - ١٧ - ١١

(٥) (٦) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ٢ - ٣ - ٥ -

(٧) الوسائل الباب - ٣٠ - من ابواب احكام الاجارة الحديث - ١ -

فقال : إن شاء أخذ الزيت وقال : انه انخرق ، ولكن لا يصدق الابينة عادلة ، و نحوه خبر زيد^(١) الشحام .

و في جملة من النصوص^(٢) اطلاق ضمان القصار و الصائغ معللا في بعضها بالاحتياط في أموال الناس ، و في أخرى تقييد ذلك بما إذا لم يكونا مأموين .
و في الأخرى^(٣) أن علي بن الحسين والباقر عليهما السلام كانا يتفضلان عليهما إذا كانوا مأموين بعدم التفرير ، و يمكن حملها أجمع على ما إذا أفسدوا بأيديهم ، بل في بعضها إيماء إلى ذلك ، و قد عرفت أن الضمان متجه لعموم من أ تلف و نحوه إلا أن يحبّ التفضل عليهم إذا كانوا مأموين بعدم التفرير .

و حينئذ تكون خارجة عما نحن فيه كخروج نصوص الأجير المشروط عليه الضمان عن ذلك و النصوص المقتضية للضمان وإن أقاموا البينة ، بل لم أجد عاملا بها من أصحابنا ، إلا أن النظر في مجموع هذه النصوص و ما فيها من لفظ الأجير المشترك و نحوه و شدة اختلافها ، و ما حكى عن العامة مثل ابن أبي ليلى و الثوري و أبي يوسف و الشيباني و ابن حنبل و الشعبي والليث والأوزاعي و مالك و الشافعي في أحد قوليه و أحمد في إحدى الروايتين على اختلاف أقوالهم يقتضي خروجها من مخرج التقية بل ربما يحصل الجزم بذلك خصوصا مع ملاحظة اختلافها و اختلافهم و اتحاد بعض ألفاظها و ألفاظهم ، و من هنا أعرض الأصحاب عنها إلا من عرفت ، و عملوا بالنصوص الموافقة لقاعدة الأمانة و أصل البراءة و غيرها و هو الأقوى .

❦ و كذا لو ادعى المالك عليهم التفريط ❦ بعد التصديق في أصل التلف ❦ فأنكروا ❦ لم يكن عليهم إلا اليمين مع التهمة خلافا لمن عرفت ممن حكم بضمائهم إلا أن يقيموا البينة على التلف بلا تعد ولا تفريط و قد عرفت الحال فيه .
المسألة ❦ الثالثة : لو قطع الخياط ثوبا قباه ❦ مثلا مدعيا الاذن من المالك

(١) الوسائل الباب - ٣٠ من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ١

(٢) (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من ابواب أحكام الاجارة الحديث - ٢ - ٤ - ٦ -

بذلك ﴿ وقال المالك ﴾ لم آمرك بذلك وإنما ﴿أمرك﴾ بقطعه قميصاً فالقول قول المالك ﴿ في عدم الإذن ﴾ مع يمينه ﴿ لأنه المنكر باعتبار أصالة عدم الإذن على الوجه المزبور إن انكار صفة الإذن كانكار أصلها .

﴿ وقيل ﴾ كما عن وكالة المبسوط والخلاف ﴿ القول قول الخياط ﴾ لأصالة براءة ذمته من الأرض ﴿ و ﴾ لا ريب أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده بل هو المشهور بل لم يعرف الخلاف إلا من الشيخ في الباب المزبور ، وإلا فالمحكى عنه هنا الموافقة ، وأصالة براءة الذمة من الأرض بعد الاعتراف بحصول سببه منه الذي هو القطع ، إلا أنه يدعى إسقاط ترتبه على ذلك بدعوى الإذن فيه ، وأنه مستحق للأجرة - لا وجه للتمسك بها ، بخلاف المالك الذي لم يحصل منه إلا إنكار ذلك .

و أما قوله إني أذنت في قطعه قميصاً فلا يقتضي إيجاب شيء على الخياط ، إذ لو لم يحدث فيه حدث لم يكن عليه بسبب الإذن المزبور ضمان ، غاية ما في الباب أنه لا يستحق أجرة ، ومن هنا بان أنه لا وجه للتحالف وإن حكى عن الشافعي وبعض أصحابنا لعدم تحقق دعويين في الفرض المزبور بل الدعوى مختصة بالخياط كما هو واضح . ومن الغريب ما عن الأردبيلي من أنه بعد أن استظهر التحالف استظهر أنه لا عليه أجرة الخياط ، وأنه يلزمه أرض النقص ، ضرورة أن ذلك يترتب على مجرد حلف المالك ، فلا فائدة في يمين الخياط حينئذ .

نعم لو كان نزاعهما في تعيين العمل المستأجر عليه قبل قطع الثوب إتجه التحالف وانفساخ الإجارة نحو ما سمعته في التنازع في تعيين المبيع ، و فرق واضح بين المقامين .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لو أراد الخياط فتنقه لم يكن له ذلك إذا كانت الخيوط من الثوب أو من المالك ﴾ بخلاف أجده بين من تعرض له ، بل ولا إشكال ، لحرمة التصرف في مال الغير ، وليس له إلا العمل ، وهو ليس عيناً حقيقة يمكن انتزاعها من مال الغير ، فهو حينئذ كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر

عدواناً ، فإنه ليس له ردّه ، إلا بمطالبة المالك إذ الفرض ثبوت انتفاء الاذن فيه بحلف المالك .

﴿و﴾ لذا كان ﴿ لا أجرة له ﴾ ، بل عليه الأرش و هو تفاوت ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً و غير مقطوع ، لاتفاوت ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً و قيمته مقطوعاً قباء ، لأن قطعه قباء عدوان ، ﴿لأنه عمل لم يأذن فيه المالك﴾ .

نعم لو لم يتفاوت القميص والقباء في بعض القطع أمكن أن لا يجب أرشه لكونه من جملة المأذون بل لا يبعد إسحقاقه الأجرة على ذلك إن كانت ، وكذا الكلام فيما لو قال إقطعه قميص رجل ، وقطعه قميص امرأة .

ولو كانت الخيوط للخياط كان له أخذها لقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» وعدوانيته بظاهر الشرع لا تسقط حرمة ماله ، واعتراؤه أنها ملك للمالك تبعاً للعمل الذي قد ادعى أنه قد استأجره عليه لا ينافي استحقاق أخذها و لو على جهة المقاصة أو لفساخ العقد بتعذر دفع الأجرة .

نعم لو حصل نقص في الثوب باستخراجها اتجه وجوب الأرش عليه بل الظاهر عدم جبره على القبول لو دفع المالك قيمة الخيوط و ان احتمل ، كما أنه لا يجبر المالك على القبول لو بذل الخياط قيمة الثوب ، ولو أراد المالك شدّ خيط في كل خيط حتى إذا سلّه عاد خيط المالك في مكانه لم يجب الإجابة قطعاً لاستلزامه التصرف في مال الغير المتوقف على طيب النفس والله العالم .

﴿ كتاب الوكالة ﴾

بفتح الواو و كسرهما ﴿ وهي ﴾ التفويض ، و شرعاً الاستنابة المخصوصة ، و لا ريب في مشروعيتها بل لعلّه من ضرورة الدين ، فلا حاجة الى الاستدلال عليه بقوله تعالى ^(١) « فليأتكم برزق منه » ^(٢) « و اذهبوا بقميصي هذا » كي يناقش بعدم كون الثاني من الوكالة ، بل والأول المحتمل أنه من الإذن لامنّها كما ستعرف تفصيل ذلك .

و على كل حال فتمام الكلام فيه ﴿ يستدعي بيان فصول : الاول : في العقد و هو ﴾ ما قصد فيه الدلالة على الـ ﴿ استنابة في التصرف ﴾ و لو بالقول كاجراء الصيغة و نحوها ، فلا يدخل فيه الوذيمة و المضاربة و نحوهما مما لم يكن المقصود منه ذلك ، و أما الوصاية فهي إحداث ولاية لا استنابة ، كما أنه لا يشكل بخروج الوكالة في القول عنه .

علي أنك قد عرفت غير مرّة أن المراد من أمثال هذه التعريفات الكشف في الجملة شبه التعريفات اللفظية فلا جهة للإطناب في ذلك طرداً و نقضاً كما أنه ذكرنا غير مرّة أيضاً كون المراد في نحو المقام بيان كون الوكالة من قسم العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطات بناء على مشروعيتها فيها ، بمعنى أنها ليست من الإيقاع . و أما عقدها بالمعنى الأخص فمعلوم أنه المركب من القولين إيجاباً و قبولا ، و أما المركب من القول في الإيجاب و الفعل في القبول فربما ظهر من جماعة كونه

(١) سورة الكهف الآية - ١٩

(٢) سورة يوسف الآية - ٩٣

منه في العقود الجائزة لكن إن لم يكن اجماع فيه بحث .

نعم لا يعتبر فيه لفظ مخصوص ، بل قد عرفت سابقا قوة ذلك في العقد اللازم فضلا عن الجائز وحينئذ فماعداء ذلك من المعاوضة في ذلك العقد التي لا ريب في مشروعيتها بالسيرة المستمرة عند القائل بها ، وإن كان التحقيق أنها إذن لا وكالة ، وبذلك يظهر لك التشويش والاجمال في كلام جملة من الأصحاب حتى قول المصنف .

﴿ولا بدّ في تحقيقه من إيجاب دالّ على القصد كقوله : وكلمتك أو استنبطت أو ما شاكل ذلك . ولو قال : وكلمتني﴾ على الاستفهام التقريري أو التحقيقى ﴿فقال : نعم﴾ وقال : قبلت بعد قوله نعم ﴿أو أشار بما يدلّ على الإجابة كفى في الإيجاب . أمّا القبول : فيقع باللفظ كقوله : قبلت أو رضيت أو ما شابهه ، وقد يكون بالفعل ، كما إذا قال : وكلمتك في البيع فباع﴾ فإنه إن كان المراد منه بيان العقد بالمعنى الأخص أشكل الاكتفاء بالإشارة التي هي من الأفعال خصوصاً بعد ظهور ما سبق منه في غير المقام من اعتبار اللفظ في إيجاب العقد الجائز .

وفي الحواشى المنسوبة للشهيد عن التحرير اعتبار النطق مع القدرة ، والاكتفاء بالإشارة مع العجز قال : وهو الأقوى ، بل قد يشكل الاكتفاء فيه بما ذكره أيضاً من الجواب بنعم على الأول ولو مقصوداً بها الإنشاء ، فإن تحقق العقد بذلك محلّ منع ، بناء على اعتبار تأخر القبول فيه عن الإيجاب ، إذ لم يشر على ما يدلّ على خصوصية لعقد الوكالة من بين العقود الجائزة ، ودعوى الاكتفاء بذلك في جميعها لإدليل عليها ، كما أنّه لا خصوصية لمفهوم العقد في العقد الجائز ، وإنما الفرق بينه وبين اللازم اعتبار اللفظ المخصوص فيه دونه ، مع أنك قد عرفت البحث في اعتباره فيه .

وحينئذ فيتحد المراد به في الجميع ، كما أنّه يتحد الحكم بالمعاوضة في غيره مع فرض اتحاد الإنشاء والقصد ، وأنه لم يفقد إلا الصيغة وهذا كلّ واضح خصوصاً بعد الإحاطة بما سلف لنا في الكتب السابقة .

لنما الاشكال فيما عساه يظهر من التذكرة وبعض الشافعية من الاكتفاء في .

قبول عقد الوكالة بالرضا النفساني والرغبة النفسانية من غير حاجة إلى دال عليه من لفظ ونحوه كما ترى .

وكان الذي دعاه إلى ذلك ما ظاهرهم الاتفاق عليه من تحقق الوكالة بما ذكره المصنف من القبول الفعلى الذي هو أثر من آثار الوكالة ، بل جوازه وصحته موقوف على تحققها ، فلا يصلح أن يكون قبولا لها مصطلحا ، ضرورة اقتضائه عدم تحقق الوكالة قبل تمامه ، فيقع الفعل حينئذ قبل انصافه بالوكالة .

ودعوى الاكتفاء بالمقارنة واضحة المنع ، ضرورة منافاتها لأصالة بقاء المال مثلا ، وليس هو كقبول المعاطاة مثلا في البيع بالفعل لعدم منافاته لتمامية البيع بتمامه وكذا الوديعة والعارية والمضاربة وغيرها بخلاف المقام الذي تتوقف صحة الفعل المفروض جعله قبولا على تحقق الوكالة المتوقفة عليه ، ومن هنا احتاج العلامة إلى دعوى الاكتفاء بالقبول المزبور .

ولكن فيه أولا : أنه منافي لما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوكالة من العقود التي لا يكفي في قبولها مثل هذا القبول الذي هو كإمتثال الأوامر وقضاء الحوائج وإجابة الالتماس ونحو ذلك مما هو معلوم أنه ليس بقبول عقد .

وثانياً : أن المسلم من المتفق عليه وقوع قبولها عقدا أو معاطاة بالفعل ، ولا يستلزم ذلك كونه الفعل الذي هو أثر من آثار الوكالة ومتعلق من متعلقاتها ، بل يكون بفعل أجنبي من إشارة وفعل مقدمات الوكالة ، ونحو ذلك من الأفعال التي يقصد بها قبول الوكالة ودالة عليه .

وأما الأول فلا إجماع عليه ، وإنما المسلم منه الصحة ، وهي لا تستلزم الوكالة لما هو معلوم من مشروعية الإذن وإمتثال الأمر ، ويترتب عليه ما يترتب على الوكالة من صحة البيع ونحوه ، وإن لم يكن وكيلا ، وقد صرح في التذكرة بأن قول القائل بع كتابي هذا ونحوه لا يكاد يسمى بإيجاب وكالة ، بل هو أمر وإذن وإعلام ، بل قال فيها : إن قوله أذنت لك في كذا ليس صريحا في إيجاب الوكالة وهو كذلك ، ولو

سَلَّم فقد يحمل على من وكل على أفعال متعددة ، ففعل الأول منها بالاذن فيه قاصداً به انشاء قبول الوكالة فيكون صحته مستندة إلى الاذن لا الوكالة ، وما بعده من الأفعال إلى الوكالة .

ومن الغريب ما في المسالك من تأييد قوله بحكم الأَصحاب بانعزال الوكيل بعزله نفسه الذي لا اشكال في ابتناؤه على العقدية ، وإلا فالاذن المجردة عنه لا ينعزل المأذون بها بعزله نفسه ، بل لو أراد العود إلى فعله جازله الفعل نحو إباحة الطعام مع جهل الاذن ، بل ومع علمه الذي لا ينافي بقاؤها في ثانی حال المأذون .

إنه كما ترى ، ضرورة أن الأصحاب لم يذكروا إلا انعزال الوكيل بعزله نفسه ، والوكالة غير منحصرة في هذا الفرد الذي اكتفى العلامة في القبول ، لما عرفت وتأنيده حينئذ بتصريح المصنف وغيره من الأصحاب بكونه وكالة أولى من تأييده بالحكم المزبور الذي له مورد غير هذا على وجه لا ينافي الوكالة فيه ، واجراء حكم الاذن عليه كما هو واضح بأدنى تأمل .

وقد تلخص بما ذكرناه في المقام في الوديعة و العارية أن الوكالة من العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطات التي يقصد فيها ما يقصد بالعقد ولم تفقد سوى صيغته بناء على شرعيتها فيها وكالة ، فإن السيرة فيها أقوى من السيرة فيها في البيع ونحوه من العقود اللازمة وحينئذ فما كان منها على كيفية غيرها من العقود من ألفاظ ايجاب وألفاظ قبول كانت وكالة عقدية ، وإلا كانت وكالة معاطاتية .

نعم فيما كان ايجاب لفظي وقبول فعلي منها البحث السابق في أنه من العقد أو المعاطاة ، وقد ذكرنا سابقاً أنه إن قام إجماع على أنه من العقد وإلا فهو معاطاة الاذن ضرورة معلومية كون العقد اسماً للالفاظ من غير فرق بين الجائز واللازم .

نعم ربما فرقوا بينهما باعتبار الصيغ المخصوصة في الأول دون الثاني ، وقد تقدم لنا المناقشة في ذلك غير مرة إن لم يكن اجماعاً ، وقلنا يكفي فيهما كل عبارة صالحة لا إنشاء الدلالة على ذلك ، إذا كانت جارية مجرى الخطاب الصحيح .

وحينئذ يكون العقد الجائز واللازم بالنسبة إلى ذلك على حد سواء كما أن الوكالة حينئذ إما عقد أو معاطاة عقد إن قلنا بشرعيتها فيها وكالة ، وما وقع من بعض متأخري المتأخرين - ممن لا يبالي بما هو كالضروري عند الأصحاب من انكار كون الوكالة من سنخ العقود أصلاً - لا ينبغي الاصفاء اليه ، بل تسويد الورق في رده من السرف والتبذير .

نعم لا إشكال بل ولا خلاف في مشروعية الإذن والأمر اللذين يترتب عليهما صحة الأفعال الواقعة عنهما وليس من الوكالة في شيء لعدم العقد لفظاً فيهما وعدم قصد معناه الذي هو الربط بين الإيجابية والقبولية ، بل هما مجرد رخصة وأمر وإذن وإعلام في الفعل ويترتب عليه صحة الفعل المأمور به نحو الفعل الموكل فيه ، وبذلك يظهر لك التشويش في جملة من كلمات الأصحاب الذين لم يحرروا ذلك بهذا التحرير .

﴿ولعل منه ما ذكره في باب الوكالة من أنه﴾ لو تأخر القبول عن الإيجاب﴾ فيها﴾ لم يقدح في الصحة﴾ ولو إلى سنة فصاعداً مستدلين عليه بمعلومية الصحة نصاً وفتوى ﴿في﴾ أن الغائب يوكل و﴿ لا ريب في أن﴾ القبول يتأخر﴾ وبالنصوص المتضمنة للأمر لأشخاص في بلاد نائية بانفاذ طلاق وتزويج وبيع وشراء ونحو ذلك .

ولكن فيه : إفا لم نجد في شيء منها ما يقتضي كونه وكالة ، بل يمكن أن يكون جميعه من باب الأمر والإعلام والإذن ونحو ذلك ، فلا ينبغي أن يستفاد منه صحة تأخير القبول في الوكالة حتى في الحاضر الذي يقول لآخر وكنتك أو أنت وكيلى فيسكت ثم يقول بعد سنة مثلاً قبلت ممّاهو غير جار مجرى الخطاب العربي فلا ينبغي التأمل في فساد الاستدلال المزبور .

نعم إن تم إجماعهم ولا أظنه بل ظني عدمه خصوصاً بعد عدم تحريرهم البحث كما ذكرناه - كان هو الحجة وإلا كان مقطوعاً بفساده ، وما يقع من الفائين حينئذ بعضهم مع بعض كله من الإذن والأمر ، والله العالم بحقيقة الحال .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿من شرطها أن تقع منجزة﴾ كغيرها من العقود بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب المستفاد مما دلّ على تسبب العقود ﴿فلو علقت على شرط متوقع﴾ كمجيب زيد ﴿أو وقت متجدد لم تصح﴾ بل قيل : إنه كذلك في التعليق على أمر محقق نحو إذا كانت الشمس طالعة فأنت وكيل ، لالفوات المقارنة المزبورة ، بل للشك في تناول الاطلاقات لمثل ذلك ، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله .

﴿نعم لو تجزّ الوكّالة وشرط تأخير التصرف جاز﴾ بلا خلاف أيضاً فيه بل في التذكرة والمسالك الاجماع عليه مضافاً إلى اطلاق الكتاب و السنة ، وعموم^(١) «المؤمنون عند شروطهم» السائغة التي لم تخالف سنة ولا كتاباً ، ضرورة عدم كون الفرض من التعليق في شيء ، فإن المراد به اشتراط تأخير وقوع الأثر لاستحقاق وقوعه الحاصل بعقد الوكالة ، إلا أنه لما لم يظهر أثر ثبوت هذا الاستحقاق ذكر غير واحد أنه في معنى التعليق . لكن لادليل على البطلان به.

وفيه أن الاستنابة حصلت بتمام العقد وإن اشترط عليه عدم وقوع ما هو نائب فيه بعد شهر مثلاً نحو الوكيل الثابتة وكالته الذي أمره الموكل بعدم التصرف ، فإنه لا تنافي وكالته التي تظهر له ثمرتها بغير ذلك كدعوى التلف وغيرها وكان هذا هو السبب في فرق الأصحاب بينهما على وجه يقتضي أنه ليس من التعليق في شيء وهو كذلك .

وعلى كل حال ففي جواز التصرف في الوكالة المعلقة عند حصول ما علقت عليه وجهان : بل قولان : منشؤهما أعمية بطلان الوكالة من الإذن ، فيصح التصرف بها وإن بطلت الوكالة للتعليق المنافي لها نحو ما قالوه في القراض الباطل الذي حكموا فيه بأجرة المثل ، ومن أن الإذن لم تحصل إلا في ضمن الوكالة المفروض بطلانها ،

(١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور الحديث - ٢ .

والجنس لا يبقى فصله ، والحكم بالفراض كذلك أيضاً إن لم يكن اجماعاً .
قلت : قد يقال : إنه يفهم من ذلك عرفاً بقاء الإذن ، وإن بطلت الوكالة ،
ولعله لخفض الفرق بينهما بعد اشتراكهما في النيابة شرعاً عن المالك ، وإن فقدت
الإذن المرادة بقصد الاستنابة التوكيلية ، بل لعله لا فرق بينهما في المعنى ، ولكن
إن ادّيت بصورة العقد كانت وكالة واختصت بأحكام ، والأحكام اذاً لا وكالة فمع فرض
بطلان ما اقتضى كونها وكالة بالتعليق ونحوه بقيت الإذن .

وحاصل ذلك يرجع إلى أن العقد بالمعنى الأخص أو الأعم هنا من مشخصات
الفرد التي مع إنتفائها لا ترتفع الحقيقة ضرورة أن مشخصات زيد مثلاً لو ارتفعت
لم ترتفع الانسانية عنه .

وبذلك كله ظهر لك فساد بناء المسألة على مسألة بقاء الجنس وعدمه المفروغ
منها عندهم ، كما أنه يظهر لك فساد المناقشة في دعوى بقاء الإذن مع بطلان الوكالة
بأنه من المعلوم أن الفاسد هو الذي لا يترتب عليه أثر فلا يجمع صحة الآثار بطلان
الوكالة ضرورة اختصاص البطلان حينئذ بالآثار المترتبة على الوكالة المفروض فسادها
لا كل أثر ، وإن كان مشتركاً بينهما وبين الإذن كما هو واضح .

ودعوى الشك في ترتب الأحكام في مثل العقود الناقلة على مثل هذا الإذن ،
خصوصاً مع المخالفة لقاعدة حرمة التصرف في مال الغير ، وأصالة بقاء المال على مالك
ماله لا محصل لها بعد فرض تحقق الإذن .

وكذا يظهر أيضاً ما في التذكرة من التشويش في المسألة فانه بعد أن ذكر
بطلان الوكالة بالتعليق مدّعياً عليه الإجماع على الظاهر ، قال ما حاصله إن البطلان
به إنما يتحقق فيما لو كانت بجعل ، فيرجع إلى أجره المثل كما في المضاربة ، بل ربما
ظهر من بعض كلماته أنه كبطلان المهر في النكاح والجميع كما ترى ، ونحوه في الرياض
فلاحظ وتأمل .

ومن شرطها أيضاً عدم التوغل في الإبهام على وجه يشك في مشروعية الوكالة

فيه نحو وكتبتك من غير تعيين ، أو على أمر من الأمور ، أو على شيء ما يتعلق بي ونحو ذلك ، ولعله المراد مما في الرياض لا تصح " على المبهم والمجهول بلا خلاف فيما أعلم إلى آخره ، بل عن المبسوط * * * و * * * بعض الشافعية * * * لو وكله في شراء عبد افتقر إلى وصفه * * * في الجملة * * * لينتفى * * * معظم * * * الفرر * * * وحينئذ لا يجب الاستقصاء في الوصف إجماعاً بقسميه ، بل ولا على نحو التسلم * * * و * * * شبهه مما اعتبر فيه العلم . نعم * * * لو * * * أطلق أي * * * وكله مطلقاً * * * من دون أن يذكر وصفاً * * * لم يصح * * * للفرر وإليه أشار المصنف بقوله : * * * على قول * * * لكن * * * الوجه * * * عندنا * * * الجواز * * * كما هو صريح التذكرة والمختلف وغيرهما ، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا من غيره ، لا إطلاق الأدلة وعمومها ، وخصوص أمر النبي ﷺ ^(١) عروة البارقي بشراء شاة ، بناء على أنه من التوكيل الذي هو قسم من الأذن والأمر اللذين لا خلاف ولا اشكال في جواز تعلقهما بنحو ذلك ، على أنه ربما يتعلق غرض بمطلق العبد والشاة الموافقين لمصلحة الموكل .

وبذلك ظهر لك بطلان ما أطنب فيه في المسالك مما هو ناش من عدم أصابة المراد في العبارة حيث جعل قوله « ولو أطلق » مسألة مستقلة ، لا أنها تمام الأولى ، وأن قوله « على قول » راجع إلى الجميع ، فأشكل عليه الحال ، وكأنه تبع بذلك المحقق الثاني في عبارة القواعد ، لكن هي ليست مثل عبارة المتن .

قال : « الثالث أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفى أعظم الفرر ، فلو وكتله في شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفى الفرر ، ويكفي لو قال عبداً تركياً وإن لم يستقص في الوصف ، ولو أطلق فالأقرب الجواز » وإن أمكن أيضاً تنزيلها على ما ذكرنا ، ورجعها حينئذ إلى عدم اقتضاء الشرط المزبور عدم جواز ذلك ، فإن كونه عبداً نوع من العلم ، نحو قول النبي ﷺ لعروة « اشتر لنا شاة » ويكون ما ذكره أو لا على طريق تقرير كلام القائل ، والأصل في هذا الشرط الشافعية ، وقد عرفت صحته

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٦٢ .

في الجملة ، ببعض الأمثلة التي ذكرناها ، وإنما الكلام معهم في بعض الأمثلة ، كالوكالة في شراء العبد ، وقد وافقهم عليه الشيخ في محكي المبسوط خاصة .
وربما حكى عن الشهيد أيضاً موافقة بعضهم على التفصيل بين عبد القنية ، وعبد التجارة ، فيعتبر الوصف في الأول دون الثاني ، وعن بعض منهم : التفصيل بين ذكر الثمن وعدمه ، فيعتبر الوصف في الثاني دون الأول ، والجميع كما ترى مناف لاطلاق الأدلة وعمومها ، وعدم الضابط لما ذكره من الوصف .

نعم في القواعد موافقتهم على عدم صحة الوكالة لو قال : وكلتك على كل قليل وكثير ، لتطرق الفرر وعدم الأمن من الضرر ، قال : « ولو قال : بما إليّ من كل قليل وكثير ، فاشكال » وفرق في التذكرة بين الإضافة إلى نفسه وعدمه ، فحكم بالبطلان في الثاني دون الأول .

قال : « ولو ذكر الإضافة إلى نفسه فقال : وكلتك في كل امر هو إليّ أو في كل أموري ، أو في كل ما يتعلق بي ، أو في جميع حقوقي أو في كل قليل وكثير من أموري ، أو فوّضت إليك جميع الأشياء التي تتعلق بي ، أو أنت وكيل مطلقاً فتصرف في مالي كيف شئت ، أو فصلت الأمور المتعلقة به التي تجرى فيها النيابة ، فقال : وكلتك على بيع أملاكى وتطليق زوجاتي وبيع عبيدي ، أو لم يفصل على ما تقدم . فالوجه عندي الصحة في الجميع » .

قلت : وهو كذلك للعموم الذي هو أحد الطرق في رفع الأبهام ، ضرورة قيامه مقام الاستقصاء في التفصيل الذي لا اشكال في الصحة معه ، فليس في شيء من المفروض غرر الوكالة حينئذ ، ولا يحتاج إلى رفعه بدعوى التقييد بالمصلحة التي هي في غاية الخفاء في الأمور المنتشرة ، فلا تصلح رافعة للفرر .

نعم يشكل عليه الفرق المزبور باتحاد المراد من العبارتين مع الإضافة إلى نفسه وعدمها ، ولو بقريئة التوكيل إذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لا يملكه الموكل كما أنه يشكل ما في القواعد أيضاً « من أن التوكيل بالإبراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرء عنه ، ولو قال : أبرء من كل قليل وكثير جاز ، ولا يشترط

علم الوكيل ولا علم من عليه الحق ، بأنه لا دليل على اعتبار علم الموكل في الوكالة على الإبراء ، بل قد يظهر من المحكمي عنه في التذكرة الإجماع على ذلك .
قال : « لو وكتله في أن يبرأه من الدين الذي عليه صح » ، وإن لم يعلم الموكل قدره ولا الوكيل عندنا ، و نزل كلامه في جامع المقاصد على إرادة التوكيل على قدر مخصوص من الدين ، لا جميع ماله عليه ، فإنه يشترط حينئذ علم الموكل بقدر الذي يريد إبراءه منه ، وهو كما ترى والأمر سهل بعد ما عرفت التحقيق في المسألة والله العالم .

﴿ وكيف كان فـ ﴾ هي عقد جائز من طرفيه ﴿ بلا خلاف أجده ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافا إلى ما يستفاد من نصوص المقام ، خصوصا بالنسبة إلى الموكل ، وحينئذ ﴿ فلولو وكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل ومع غيبته ﴾ فيعزل حينئذ وإن لم يعلم بذلك ، إذ احتمال توقف العزله على علم الموكل مناف لأصول المذهب وقواعده ، بعد اختصاص النصوص في صورة عزل الموكل على وجه لا تقبل اندراج مثل هذه الصورة فيها ، كما تسمع بعضها بل لم أجده من احتمله ممن يعتد بقوله إلا ما عساه يظهر من المسالك ، ويقوهم منها فإنه لا يخلو من تشويش ، و ما في شرح الإرشاد للتوحي من الميل إلى ذلك .

نعم يحتمل بقاء جواز التصرف له على نحو ما سمعته في الوكالة المعلقة ، بل في المسالك وإن المقام لا يخلو من رجحان على ذلك ، من حيث أن الإذن هنا صحيحة جامعة للشرائط ، بخلاف السابق ، فإنه معلق ، وفي صحته ما قد عرفت .
و من ثم جزم في القواعد ببقاء الصحة هنا ، وجعل الصحة هناك احتمالا ، و في التذكرة عكس ، واستقرب هناك بقاء الإذن الضمني ، وجعل بقاء هنا احتمالا ، و في التحرير والإرشاد أطلق القول بالبطلان فيهما كما هنا ، فقد صار للامامة (ره) في المسئلتين ثلاثة أقوال ، و ان كان فيه إن التعليق إنما هو في الوكالة لا الإذن التي لا يقدح فيها ، فهي مع فرض بقائها جامعة لشرائط الصحة أيضا ، وقد تقدم

الوجه في دعوى بقائها ، وأنه ليس مسألة بقاء الجنس بعد ارتفاع الفصل المعلوم عدمها عندهم في غير الوكالة من العقود ، بل هو دعوى الفهم عرفا ، أو دعوى عدم الفرق بين الإذن و الوكالة إلا بالعقدية ، أو ما في معناها مما هو من المشخصات الخارجية .

فيكون الحاصل حينئذ أن الإذن إن أدت بصورة العقد أو معاطاته كانت وكالة ، و إلا فهي إذن ، فإذا اتفق عروض ما يفسد العقد من تعليق أو لحن أو عزل أو نحو ذلك تبقى ، لعدم كونه مشخصا ذاتيا لها ، وإنما هو مقارن لها سميت بسببها وكالة ، و لحقها أحكام رتبها الشارع عليها ، و بذلك ظهر لك الوجه في جميع ما وقع من العلامة وغيره من دعوى تحقق الفهم عرفا في بعض دون آخر .

نعم قد يشك في بقاء الإذن بعد علم الموكل ما لم تقم قرينة حالية أو مقالية ببقائها على جميع الأحوال ، و إلا انقطعت متى قاربها الرد ، فلا يجوز التصرف حينئذ بعده إلا بإذن جديد ، و لعل ذلك مختلف باختلاف الأحوال ، و إن أبيت عن ذلك كله كان التحقيق بطلان عقد الوكالة بالتعليق ، و فسخ الوكيل بعد فرض عدم صدور غير إرادة عقد الوكالة من العاقد .

نعم لأبأس بذلك و نحوه في الإذن التي هي ليست من العقود التي تبطل بذلك ، لكن لما لم ينقحوا الفرق بين الإذن وعقد الوكالة ظنوا أن ذلك جائز في عقد الوكالة ، ولا ريب في أنه اشتباه .

نعم لو أراد بما ذكره من العبارة المؤدية للنيابة ذلك ، لم يكن إشكال في البقاء ، بل لو شك في كون المراد له الإذن أو الوكالة في المعلق مثلا ، حمل على الأوّل ، لأصل الصحة ، بل لو زعم أن مثل ذلك وكالة لم يقدح في ترتيب الحكم المزبور .

و لعل هذا هو السر فيما وقع من بعض لعدم تنقيح الأمر بين الإذن والوكالة التي هي إسم للعقد المخصوص الذي لا إشكال في جريان أحكام العقود عليه ، ضرورة

عدم مخرج له عنها والله العالم .

هذا كله في العزل من طرف الوكيل ، وأما الآخر فلا خلاف أيضا ﴿ و ﴾ لا إشكال في أن ﴿ للموكل أن يعزله ﴾ لكن ﴿ بشرط أن يعلمه العزل ﴾ حينئذٍ ﴿ لمو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل وقيل : ﴾ كما عن النهاية والقاضي والحلي وابني نعمة وزهرة ﴿ إن تم ذكر إعلامه فأشهد ﴾ عليه ﴿ إنعزل بالعزل والاشهاد ﴾ بل عن الأخير الإجماع عليه .

وقيل : كما في قواعد الفاضل أنه ينعزل بالعزل أيضاً وإن لم يعلمه على رأي ، وقد حكاه غير واحد عنه .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا ريب في أن ﴿ الأول أظهر ﴾ لا لما ذكر من بعض الاعتبار التي هي غير قائمة بل للنصوص المعتبرة كصحيح إبن زهر ويزيد ^(١) عن الصادق عليه السلام « من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها ، كما أعلمه بالدخول فيها » .

وصحيح ابن سالم ^(٢) عنه عليه السلام أيضاً « في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين ، فقام الوكيل فخرج لامضاء الأمر ، فقال : أشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة ، فقال : إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل ، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل ، كره الموكل أم رضي ، قلت : فإن الوكيل قد أمضى الأمر الذي قد وكل فيه قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه ؟ قال : نعم قلت : فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء ؟ قال : نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمر ماض أبداً والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكالة » .

(١) الوسائل الباب ١- من أبواب أحكام الوكالة الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢- من أبواب أحكام الوكالة الحديث - ١ .

وصحيح العلاء بن سبابة ^(١) عن الصادق عليه السلام المتضمن للانكار على من فرق في هذا الحكم بين النكاح وغيره ، فينعزل في الأول بالأشهاد بخلاف الثاني ، فلا ينعزل إلا بالعلم ، والاستدلال عليهم بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة التي استعدته وقد وكلت أخاها ، فقال : يا أمير المؤمنين إنها وكلتني ولم تعلمني أنها عزلتني عن الوكالة حتى زوجتها كما أمرتني .

فقال لها : ما تقولين ؟ قالت : قد أعلمته يا أمير المؤمنين فقال : لها ألك بيئنة بذلك ؟ فقالت : هؤلاء شهودي يشهدون فقال لهم ما تقولون ؟ قالوا نشهد أنها قالت اشهدوا أنني قد عزلت أخى فلانا عن الوكالة بتزويجي فلاناً ، وإني مالكة لأمرى قبل أن يزوجني ، فقال : أشهدتكم على ذلك بعلم منه ومحضه فقالوا : لا فقال : تشهدون أنها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة ، قالوا : لا قال : أرى الوكالة ثابتة ، والنكاح واقعاً . أين الزوج فجاء فقال : خذ بيدها بارك الله لك فيها ، فقالت : يا أمير المؤمنين إحللته أنتي لم أعلمه العزل وأنه لم يعلم بعزلي إتياء قبل النكاح ، قال : وتحلف ؟ قال نعم : يا أمير المؤمنين فحلف وأثبت وكالته وأجاز النكاح .

وترك الاستفصال فيه مع إطلاق غيره حجة على المفصل ، كما أن الجميع حجة أيضاً على الفاضل الذي لم أعرف موافقاً له على ذلك قبله ، ولا دليلاً معارضاً للنصوص المزبورة سوى الأصل المقطوع بها وسوى دعوى وجود رواية بذلك لم نتحققها .

فمن الغريب إعراضه عن هذه النصوص التي عمل بها في الجملة من لم يعمل بأخبار الآحاد ، وما هو إلا لكوئها متواترة عنده أو قطعية ، ومن هنا يمكن تنزيل كلام الفاضل على إرادة بطلان الوكالة بالعزل الذي يتبعه بطلان الجمل فيها لو كان ، وإن نفذ تصرفه قبل العلم بهذه النصوص ، إذ لا منافاة بين بطلانها بالعزل المزبور الذي هو مقتضى الضوابط وبين نفوذ التصرف فيما بينه وبين العلم بذلك ، للنصوص ، لكن

يدفعه ظهور النصوص المزبورة في بقاء نفس الوكالة .

أللهم إلا أن يحمل على إرادة هذا المعنى ، وهو مع منافاته لظاهر الفتوى لا مقتضى له ، ومجرد احتمال لا ينافي العمل بالظاهر .

﴿ و ﴾ حينئذ لو تصرف الوكيل قبل الإعلام ، مضى تصرفه على الموكل فلو وكله على استيفاء القصاص ثم عزله ، فاقص قبل العلم بالعزل وقع القصاص موقعه ﴿ فضلا عن غيره مما هو أسهل منه ، والمراد بالعلم في المتن وغيره ما يشمل شهادة الشاهدين ، بل وخبر العدل كما سمعته في صحيح هشام ، لكن ستعرف الكلام فيه في الفصل الخامس عند البحث عن ثبوت الوكالة .

وهل المأذون بلا عقد وكالته كذلك بالنسبة إلى الحكم المزبور ؟ وجهان : من كون الحكم مخالفاً للقاعدة ، فيقتصر على ما تضمنته النصوص من الوكيل ، فيبقى غيره على مقتضاها ، ومن كونه وكيلا في المعنى واحتمال إرادة التفويض من الوكالة في النصوص السابقة ، ولعله لا يخلو من قوة والله العالم .

﴿ وبطل الوكالة بـ ﴾ مروض ﴿ الموت ﴾ للوكيل قطعاً ، ضرورة اقتضاها نيابة لا تنتقل إلى الوارث ، كما أنها تبطل بموت الموكل أيضاً ، لما قيل : من أنه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه ، فينتفي موضوعها ، وفيه : أنه يمكن بقاء مال من تركته على حكم ملكه ، كثلثه ، وإثما العمدة الاجماع . ولعله لا اعتبار استدامة الاذن في صحة الوكالة ، وبالموت يخرج عن الأهلية لذلك .

وعلى كل حال فلا خلاف فيما أجده في بطلان تصرف الوكيل حينئذ بعد الموت وإن لم يعلم موته ، كما في غيره من الفواسخ ، ولا يقاس شيء منها على مسألة العزل ، لحرمة القياس عندنا .

على أنه في المرسل ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام : « في رجل أرسل يخطب له امرأة وهو

(١) الوسائل الباب ٢٨- من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث - ٢ .

غائب ، فأتركوا الغائب وفرضوا الصداق ثم جاء خبره أنه توفي بعد ماسيق الصداق فقال : إن كان املك بعد ما توفي فليس لها صداق ولا ميراث ، وإن كان املك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق ، وهي وارثة وعليها العدة .

نعم في المسالك وغيرها لا تبطل الأمانة لبطلان الوكالة هنا ، فلو تلف العين الموكل فيها في يده بغير تفريط لم يضمن ، وكذا لو كان وكيلًا في قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم به ، وتلف في يده بغير تفريط ، لكن يجب عليه المبادرة إلى إيصال العين إلى الوارث ، فإن أختر ضمن كالوديعة .

قلت : وهو كذلك لصيرورة المال حينئذ في يده أمانة شرعية ، وحكمها كذلك إلا أنه لا بد من التأمل في قوله : « وكذا » ضرورة أنه مع فرض إرادته ما يشمل الدين ونحوه قد يشكك ، بأن المال المقبوض هو ملك الدافع ، لا يكشف عدم وكالة القابض .

وحينئذ عدم ضمانه لصاحبه - مع أنه قد دفع على وجه خاص وهو كونه وفاء - مشكك ، وإلا لاقتضى عدم ضمان المقبوض بعنوان الشراء مثلاً للموكل الذي قد تبين موته قبل الشراء ، وغير ذلك من الأمثلة التي يصعب على الفقيه التزامها .

ولعله من هنا غير العبارة في الكفاية فقال : « وكذا لو وكله على قبض عين » إلى آخره فإن عدم الضمان - حينئذ مع فرض كونه للموكل - لكونها حينئذ من الأمانات الشرعية التي لم تقبض على جهة الضمان ، بخلاف المقبوض وفاء أو شراء أو نحوهما .

نعم قد يقال : إن مرجع ضمان الوكيل على الموكل ، وإن بان بطلان وكالته ولتحقيق ذلك محل آخر ، وإن كان الذي يقوى الآن عدمه ، للأصل السالم مما يقتضي الضمان من التسبيب وغيره ، لكن قد يقال : إن القبض لاعلى جهة الضمان لا ينافي بثبوته عليه بعد حصول مسببه الذي هو « على اليد » .

ودعوى - أنه أمانة شرعية - على وجه لا يترتب عليه ضمان بعد أن كان القبض

بأختياره - واضحة المنع ، وإن كان زعم أنه وكيل ، إذ ذلك لا ينافي الضمان الذي هو حكم وضعي يترتب على المездور - لجهل أو استصحاب أو غيرهما ، فلا يبعد الضمان حينئذ أيضاً في العين المزبورة .

نعم لا يبعد عدم الضمان فيما كان في يده مما كان ابتداء قبضه بغير ضمان ، فإن الاستدانة لا تندرج في قوله عَلَيْهِ « على اليد » فيبقى أصل براءة الذمة بحاله ، وكذا لو فسخ المودع الوديعة مثلاً ، مع عدم علم الودعي بذلك ، فإنه لا ضمان عليه لو تلف بعد ذلك ، وإن انسخ عقد الوديعة ، ضرورة أن ذلك ونحوه من الأمانة الشرعية ، مثل الثوب الذي أطارته الريح حتى صار في يد الإنسان قهراً ، وهذا القدر المسلم من الأمانة الشرعية التي لا ضمان فيها ، باعتبار عدم حصول سبب فيها يقتضى الضمان على وجه يقطع أصل البراءة ولعل هذا هو التحقيق في المسألة ونظائرها كالضاربة وغيرها ، وإن كان قد تقدم لنا بعض الكلام في كتاب الاجارة .

وكيف كان فلم أعر على من وافقه على العبارة المزبورة إلا الفاضل في الرياض ويمكن أن يريد منهما معنى آخر . والله العالم .

﴿ و ﴾ كذا تبطل بـ ﴿ الجنون ، والاعماء من كل واحد منهما ﴾ بخلاف أجده فيه ، بل في المسالك هو موضع وفاق ، ولعله العمدة في ذلك ، وإلا فدعوى كون ذلك من أحكام العقد الجائز ، يدفعها عدم القول به في مثل الهبة والرهن من طرف المرتهن ، بل لو لا الاجماع المزبور يمكن دعوى قيام إذن الولي للموكل مقام إذنه في بقاء عقد الوكالة ، وإن أقصى ما يقتضيه عرضهما للوكيل عدم تصرفه حالهما ، لا انفساخ عقد وكالتهما .

إلا أن ذلك بعد الاجماع المزبور لا فائدة فيه ، ولا فرق عندنا بين طول زمان الاعماء وقصره ، ولا بين إطباق الجنون وأدواره ولا بين علم الوكيل بعرض المبطّل وعدمه .

نعم ربما احتمل بقاء جواز التصرف للوكيل بعد زوال المانع بالاذن العام ،

وإن بطلت وكالته ، بناءً على مثل ذلك فيما تقدم من المسائل ، وقد يفرق بين المقام وبينها بأن المبطّل هنا راجع إلى الإذن نفسها ، لا إلى خصوص عقد الوكالة ، وإنما حاصله خروج المأذون عن قابلية إذن النيابة فتأمل جيّداً . والله العالم .

﴿و﴾ كذا تبطل وكالة الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه ﴿ل﴾ لكون الوكيل فرع الموكل ، فمع فرض امتناع المباشرة له فلو كيله بطريق أولى ، إلا أن الإصاف - إن لم يكن إجماع - عدم اقتضاء ذلك بطلان الوكالة ، بل أقصاه عدم نفوذ التصرف منه ، فلو فرض اتفاق زوال الحجر لم يحتاج إلى إعادة الوكالة حينئذ ، فتأمل جيّداً .

وعلى كل حال ففي حكم الحجر طرد الرقّ على الموكل ، بأن كان كافراً فاسترق ، ولو كان هو الوكيل صار بمنزلة وكيل عبد الغير ، وسيأتي الكلام فيه والله العالم .

﴿و﴾ ولا تبطل الوكالة بالنوم وإن تطاول ما لم يصل إلى حدّ الإغماء ، أو يخرج عن المتعارف ، ولو بأن لا يستيقظ إذا أوقف لعارض من العوارض ، لأصالة الصحة ومعلومية عدم معاملة الشارع النوم معاملة الجنون ونحوه في المقام وغيره . بل في التذكيرة وغيرها عدم بطلانها بالسّكر أيضاً لذلك ، إلا إذا اقتضى فسقاً وكان الوكيل ممّايح في العدالة ابتداءً أو استدعاءً ، كوكيل ولي اليتيم ونحوه ، وبطلانها حينئذ من حيث الفسق ، لا لخصوصه .

لكن قد يمنع اعتبار العدالة في ذلك ونحوه مما ذكره من الأمثلة ، مع فرض اقتضاء المصلحة وكالة الفاسق ، ولو سلم فقد يمنع اعتبارها في صحة عقد الوكالة على وجه لم تعد بمودها ، بل لا بدّ من استيناف وكالة جديدة ، إذ من المحتمل كون العدالة على نحو ما احتملوه في عدالة الوصي من عدم انفساخ الوصاية بفسقه ، ولكن يمنع من التصرف فتمت عادت ثبتت وصايته ، والسبب في ذلك أنه لا دليل يعارض العمومات على وجه يكون شرطاً في صحة عقد الوكالة ، وإن قلنا بعدم نفوذ تصرفه حال فسقه ،

فتأمل جيداً .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿تبطل الوكالة﴾ أيضا ﴿بتلف ما تعلقت الوكالة به كموت العبد الموكل في بيعه ، وموت المرأة الموكلة بطلاقها﴾ وتلف الدينار الموكل بالشراء به ، بل في المسالك لا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه ، أو يطلق بأن يقول اشتر به ، لاقتضائه دفعه ثمننا ، فلا يتناول بدله لو كان تلفه موجبا لضمائه .

قلت : هو كذلك مع فرض ظهور اللفظ في الشراء بعينه ، فيكون الفرق بينه وبين الأول بالنص و الظهور ، لكن في التذكرة « ولو وكتله في الشراء مطلقا و نقد الدينار على الثمنية ، بطلت أيضا إذا تلف ذلك الدينار ، لأنه إنما وكتل في الشراء ، ومعناه أن ينقد ثمن ذلك المبيع قبل الشراء أو بعده ، وقد تعذر ذلك بتلفه » .

ويمكن حمل ما في المسالك على ذلك ، بدعوى اقتضاء إطلاق الشراء به الأعم من جعله ثمننا في العقد أو بعده ، فيكون الإطلاق حينئذ في مقابل النص على الشراء بعينه ، بمعنى جعله نفسه ثمننا .

وعلى كل حال فقد صرح من تعرض لذلك ببطلان الوكالة بالتلف ، وإن كان موجبا للضمان ، فإنها لم تتناول الشراء ببطله ، حتى لو كان وكيلا على استيفائه ، لكن الإيضاف تناول الوكالة في صورة الإطلاق للشراء بذلك ، وإن لم يكن وكيلا على الاستيفاء ، ولكن اشترى به ممن أتلغه مثلا ، والأمر في ذلك سهل بعد كون المدار على المفهوم عرفا من عبارة الموكل ، ولو بقرينة الحال .

﴿وكذا﴾ تبطل الوكالة ﴿لو فعل الموكل ما تعلقت الوكالة به﴾ كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه ، أو فعل ما ينافيه ، كما لو وكله على بيع عبد فأعتقه ، أو بالعكس وليس من ذلك وطى الزوجة التي قد وكل على طلاقها ، فضلا عن غيره من المقدمات التي لا تصح لغير الزوج ، ولا وطى السرية التي وكل على بيعها ، ضرورة عدم منافاة شيء من ذلك ، لتعلق الوكالة ، إذ ليس ما ذكرناه مبطلا لها ، باعتبار ظهوره في العزل ولذا لم تبطل الوكالة لو ظهر فساد البيع أو العتق ، بل لا تنفاه متعلقها حينئذ .

أَللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ تَقُومَ قَرِينَةٌ عَلَى إِرَادَةِ انْشَاءِ الْعَزْلِ بِذَلِكَ ، وَهُوَ خُرُوجُ عَمَّا نَحْنُ فِيهِ حِينَئِذٍ ، كَمَا هُوَ وَاضِحٌ .

بقي شيء : وهو أنه قد يفهم من التعبير بالبطلان وذكر ذلك في سياق الجنون والموت والاعماء ونحوها أن تلف ما تعلقت به الوكالة وفعل الموكل ما وكل فيه أو ما ينافيه كذلك أيضاً .

لكن قد يقال : إن الظاهر خلافه ، وإلا لاقتضى انفساخ العقد بتلف بعض ما وكل فيه مثلاً ، ضرورة عدم تبعض العقد ، وإنما المراد من البطلان انتفاء موضوع الوكالة ، لا انفساخ عقدها ، فلا ينافي حينئذٍ بقاؤها فيما بقي من موضوعها .

وفيه : أنه لا مانع من التزامه على معنى البطلان في بعض متعلقه ، لتلف بعض المبيع ، والمسلم من عدم تبعض العقد أنه لا يكون بعض العقد سبباً ، بعد أن كان مجموع سبباً ، لا في نحو المقام ، وقد تقدم سابقاً التحقيق في صحة تبعض الصفقة في ملكه وملك الغير ، بل وفي بيع الشاة والخنزير ، كما أنه تقدم صحة الاقالة في بعض المبيع دون بعض .

نعم لا يجوز ذلك في الخيار لا للتبعض ، بل لعدم ظهور دليله في مشروعية ذلك ، بل لعدم ظاهره العدم ، بخلاف نحو المقام الذي يمكن القول بجواز فسخ الوكالة في بعض ما وكل فيه ، دون بعض ، والله العالم .

ثم إنه ينبغي أن يعلم أن افتضاء هذا القسم اعزال الوكيل لا يتوقف على العلم به ، بل هو يؤثر أثره لا إطلاق أدلته ، فينتفى موضوع الوكالة وإن لم يعلم الوكيل ، فلو تصرف ينكشف بطلان تصرفه ، وتسمع انشاء الله تعالى مزيد تحقيق لذلك .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ العبارة ﴾ حينئذٍ ﴿ عن العزل أن يقول : عزلتك أو أزلت نيابتك ، أو فسخت ، أو أبطلت ، أو نقضت ، أو ما جرى مجرى ذلك ﴾ من كل لفظ صالح لقصد إنشاء الدلالة على ذلك ، بل وكل فعل . نعم لا عبرة بالفسخ النفساني ، للأصل وغيره .

وكيف كان فلا ريب في وجوب إقتصار الوكيل على ما يستفاد من الموكل ، ولو بالفرائن الحالية والمقالية ، ﴿ و ﴾ من هنا ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد فيه خلافاً أن ﴿ إطلاق الوكالة ﴾ في البيع أو الشراء مثلاً ﴿ يقتضى ﴾ البيع و ﴿ لا يتباع بضمن المثل ، بنقد البلد حالا ، وأن يتباع الصحيح دون المعيب و ﴾ حينئذٍ ﴿ لو خالف ﴾ في شيء من ذلك ﴿ لم يصح ﴾ ولم يلزم ولكن صح ﴿ ووقف على إجازة المالك ﴾ .

نعم لا بأس بما يتسامح به من الزيادة والنقصان في مثل ذلك المبيع ، بل لعل ذلك أجمع من ثمن المثل ، لعدم انضباطه بالنسبة إلى ذلك ، كما أنه ينبغي تقييد ذلك أيضاً بما إذا لم يوجد البازل للأزيد والأنقص ، وإلا وجب مراعاته ، للشك في الإذن له بغيره معه .

بل قد يحتمل وجوب ذلك عليه ، فيما لو اتفق البازل بعد البيع أو الشراء في مدة الخيار ، فينسخ مقدمة لذلك ، للزوم مراعاة المصلحة للمالك ، بل قد يقال : ذلك فيما لو عيّن له البيع بمقدار ، والشراء كذلك ، فاتفق حصول البازل للأزيد والأنقص ، حملاً للتعين على ما هو المتعارف من عدم وجود البازل أللهم إلا أن يحتمل الغرض له به ، ولعله على ذلك ينزل خبر عروة البارقي ^(١) لا على الفضولية .

وعلى كل حال فكل تصرف من الوكيل يقع على خلاف مصلحة الموكل كالبيع بدون ثمن المثل أو به مع وجود البازل أو شراء المعيب بكون قضيلاً حينئذٍ .

ودعوى الفرق - بين المعيب والبيع بدون ثمن المثل مثلاً ، فيحكم بالأول للمالك ، وبالتالي بالفضولية ، لأن العيب قد يخفى بخلاف البيع بدون ثمن المثل - واضحة المنع ، ضرورة إمكان الخفاء في كل منهما ، في كثير من أفرادهما ، كما أنه لا خفاء في بعض أفرادهما على أحد .

فالمتجبه جعل المدار في ذلك على كون العيب والغبن في خصوص ذلك المبيع مما يخفى على أهل النظر بعد البحث والنظر - وعدمه ، فإن كان ، وقع المالك وبثت الخيار ، وإلا كان فضوليا ، فمافى قواعد الفاضل - من الفرق بين المعيب والغبن فحكم بالفضولية في الثاني مع العلم والجهل ، بخلاف الأول - في غير محله ، خصوصا بعد تصريحهم على ما قيل في مسألة تلقى الركبان التي أخبارها هي الأصل في خيار الغبن بعدم الفرق بين الوكيل والأصيل .

وفي دعائم^(١) الاسلام عن أبي جعفر محمد بن علي عليه السلام : أنه قال : من وكل وكيلا على بيع فباعه له بوكس من الثمن جاز البيع عليه ، إلا أن يثبت أنه تعمّد الخيانة ، أو حابى المشتري بوكس - .

وكذلك إن وكله على الشراء فتغالى فيه إن لم يعلم أنه تعمّد الزيادة أو خان أو حابى فشراؤه جائز عليه ، وإن علم أنه تعمّد شيئا من الضرر ردّ بيعه وشراؤه ، ولو وكله على بيع شيء فباع بعضه وكان ذلك على وجه النظر فالبيع جائز . بل هو في محكي التذكرة في كتاب المضاربة قد صرح بأنه لا يمكن معرفة قيم المتقومات في الواقع ، ومن المعلوم وقوع الغبن من العاملين فيها ، ولم يقل أحد بفساد البيع ، وعدم تناول وكالة المضاربة لذلك ، كما هو واضح .

إنما الكلام في مخالفة المصلحة منه في مثل الخيار ونحوه ، فترك الفسخ مثلاً فيما كان مصلحة المالك به ، أو اختاره في صورة العكس ، ولعلّ حكم الثاني عدم مضيئه على المالك ، لعدم ثبوت الإذن له فيه ، أمّا الأول فلا ريب في تحقق الإثم عليه لكن ليس عليه إلا ذلك ، فتكون المصلحة التي يجب على الوكيل مراعاتها على قسمين : أحدهما : ما يرجع إلى تقييد الإذن في الوكالة على وجه يكون خلافها غير الموكّل فيه ، كالبيع بمن المثل مع وجود البازل .

وثانيهما : تكليف شرعي لا مدخلية له في إذن الوكالة ، وحينئذ فلترك الفسخ

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥١٠ الدعائم ج ٢ ص ٥٧ الطبعة الثانية بمصر .

في مدته مع وجود البازل ، بناءً على وجوبه عليه لم يترتب عليه إلا الإثم ، واحتمال وجوب جبر كل ضرر يترتب على الموكل بذلك ، كاحتمال كون المبيع حينئذ فضولياً ، باعتبار عدم الإذن في بيع يكون له فيه خيار ، ويوجد باذل في اثناؤه فلم يفسخ - لم أجدهما لأحد بل لم يحضرنى تنقيح لهما على وجه يكون موافقاً للقواعد الشرعية .

هناك بالنسبة إلى ثمن المثل ، وأما النقد والحلول فلا أجدهم خلافاً في اقتضاء الإطلاق لإثابتهما ، بل الظاهر عدم الإذن له في خلافهما ، حتى مع المصلحة كالبيع بدون ثمن المثل ، فإنه لا يفهم من الإطلاق إلا إرادتهما ، لا جميع ما تقتضيه المصلحة ولو في غيرهما .

نعم هي معتبرة في الأفراد المأذون فيها ، كاختيار الأنفع من أفراد النقد حيث لا يكون هناك غلبة في بعضها على وجه ينصرف الإطلاق إليها ، فإن اتفياهما تخيّر بين أفراد النقد ، ولعل منه يبيع بعض المبيع للمصلحة كما سمعته في ذيل خبر الدعائم فتأمل جيداً . والله العالم .

ولو باع الوكيل بثمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر كان القول قوله مع يمينه . سواء كان بقدر ثمن المثل أو أزيد أو أنقص ، وسواء كان مستند دعواه الإذن بالخصوص أو الإطلاق المنصرف إلى ثمن المثل فما فوق ، لأنه اختلاف في صفة الوكالة التي يقبل قوله في أصلها فكذا صفتها لأنها فعله ، وهو أعرف به ، ولأن الأصل عدم صدور التوكيل على الوجه الذي يدعيه الوكيل .

والقول بأن مرجع دعوى الموكل إلى خيانة الوكيل الذي هو أمينه ، والأصل عدم خيائته ، إنما يتم فيما لو كان تصرفه في الوكالة وادعى عليه الخيانة في بعض متعلقاتها ، كما لو ادعى الموكل عليه - بعد تلف الثمن الذي باع به بمقتضى الوكالة - تأخر قبضه عن تقبيل المبيع ، أو التعدي فيه بوجه ، لاني نحو المقام الذي قد عرفت أن مرجع الاختلاف فيه إلى الاختلاف في أصلها الذي من المعلوم تقديم قول المالك

فيه ، كما أنه ليس من مسألة التداعي في شيء ، وإن كان جواب الموكل بل وكنتك
بكذا ، ضرورة عدم كون ذلك دعوى منه عليه ، لعدم استحقاقه عليه بذلك شيئاً ، و
إثماً المعتبر منه ما تضمن إنكار دعوى الوكيل .

ومن هنا كان الحكم كذلك في صورة اختلافهما في عين الموكل فيه ، كالعبد
والفرس ، وفي جنس الثمن الموكل على البيع به ، أو زمانه أو مكانه ، فإن القول في
الجميع قول الموكل ، لأنه منكر ، وليس من التداعي في شيء ، وإن حكى عن
بعض الناس توهمه .

﴿ ثم ﴾ بعد حلف المالك ﴿ تستعاد العين ﴾ من المشتري بعد فرض اعترافه
بالوكالة أو حلف المالك له اليمين المردودة منه إذا ادعى عليه العلم ﴿ إن كانت باقية
ومثلها أو قيمتها إن كانت تالفة ، وقيل ﴾ والقائل الشيخ في محكي من نهايته ﴿ يلزم
الدلال ﴾ أي الوكيل ﴿ إتمام ما حلف عليه المالك وهو بعيد ﴾ مخالف لأصول
المذهب وقواعده ، ومن هنا حمل على تعذر استعادة العين ومساواة القيمة لما ادّعاها
المالك .

﴿ وإ ﴾ ذا ك ﴿ ن ﴾ قد ﴿ تصادق الوكيل والمشتري على الثمن ﴾ الذي قد
ادّعى الوكيل الإذن فيه ، ﴿ و ﴾ كان قد ﴿ دفع الوكيل إلى المشتري السلعة فتلفت
في يده كان للموكل الرجوع على أيهما شاء بقيمته ﴾ يوم التلف إن كانت قيمته لثبوت
عدوانهما معا بظاهر الشرع ﴿ لكن إن رجع على المشتري لا يرجع المشتري على
الوكيل ﴾ إذا لم يكن قد دفع إليه الثمن ﴿ لتصديقه له في الإذن ﴾ وفي أن الموكل
ظالم له برجوعه عليه .

نعم إن كان قد دفع الثمن إليه توجه رجوعه عليه كما في المسالك ، لمعلومية
عدم استحقاقه له ، والفرض أن الموكل لا يدعيه ، لعدم تعيينه ثمنه له ، وقد أغرم
المشتري عوض المال ، فيرجع على الوكيل بما دفع إليه ، لكن إن كان بقدر القيمة
أو أقل فالرجوع به ظاهر ، وإلا رجع بقدر ما غرم ، ويبقى الباقي في يد الوكيل

مجهول المالك .

قلت : هو للموكل في الواقع بزعم الوكيل ، فيجب عليه أن يتوصل إلى إيصاله إليه ، بل قد يناقش في استحقاق رجوعه على الوكيل بعد فرض اعترافه بأنه للموكل في الواقع ، و استحقاقه المقاسمة في ماله ، لا يوجب استحقاقا له على من في يده مال من ظلمه .

اللهم ألا إن يدعى في المقام أن ما أخذه المالك منه صار عوضاً عنه ولو شرعاً أو يقال : بوجوب التمكين منه على الوكيل ، لعدم الضرر عليه من المالك الظالم بعد اعترافه بأنه ليس له .

ومن هنا كان الظاهر اختصاص الحكم بالثمن المزبور المفروض كونه عوضاً للسلعة في الواقع ، ولو لم يكن المشتري مصداقاً للوكيل في دعوى الوكالة ، ففي المسالك أيضاً « رجع على الوكيل بما غرمه اجمع ، لغروره ، ولو كان الثمن أزيد وقد دفعه إلى الوكيل رجع به لفساد البيع ظاهراً » .

قلت : قد وقع له نحو هذه العبارة بل أصرح منها في كتاب البيع ، ولا ريب في فساد ظاهرها ، كما تقدم في محله ، وأن المتجه له الرجوع بجميع ما غرمه عوض المنافع ، ونحوها مما هو ليس من قيمة العين ، ولم يحصل له نفع في مقابلها بل وإن حصل ، وأما هي ففي رجوعه بما زاد منها على الثمن وعدمه قولان : بخلاف ما قابل الثمن منها ، فإنه لا يرجع به قطعاً ، لعدم الغرور به ، و أما ما دفعه من الثمن فلا ريب في رجوعه به على الوكيل ، سواء كان مساوياً لما غرمه أو أزيد أو أنقص ، لظهور فساد البيع كما هو واضح . و محرز في محله ، و يمكن حمل عبارته على ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ إن رجع ﴾ المالك ﴿ على الوكيل ﴾ بقيمة ماله ﴿ رجع الوكيل على المشتري بأقل الأمرين من ثمنه وما اغترمه ﴾ لأن الثمن إن كان أقل فهو يزعم أن الموكل لا يستحق سواء ، وأنه ظالم بأخذ الزائد من القيمة ،

فلا يرجع به على المشتري ، وإن كانت القيمة أقل لم يفرم سواها ، لكن يبقى الزايد مجهول المالك ظاهراً ، لأن الموكل لا يستحقه بزمه ، وموافقة الظاهر له ، والوكيل قد خرج عن الوكالة بإكثار الموكل ، فليس له قبضه فينزعه الحاكم ، ويتوصل إلى تحصيل ماله ، كذا في المسالك .

ولا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا بل الظاهر عدم تسلط الحاكم على انتزاعه منه ، بعد علم ماله بزمه ، فيجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه هذا ، ثم قال فيها : « واعلم أن مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد ، وحينئذ فيتجه ما ذكره المصنف من رجوع الوكيل على المشتري دون العكس بأقل الأمرين مع تصادقهما ، ويبقى الزايد على ما ذكرناه .

كما أنك عرفت الحال أيضاً لو فرض كون الوكيل قابضاً للثمن ولو لم يصدقه المشتري ، بأن قال : لا أعلم وقد رجع المالك على الوكيل بقيمة العين لم يكن للوكيل مطالبة المشتري بها مع فرض زيادتها على الثمن ، لاعترافه بأنه وكيل ، وأن المالك ظالم بأخذ الزايد ، فليس له حينئذ إلا أقل الأمرين ، كما في صورة التصديق .

لكن لا ريب في اشتغال ذمة المشتري في الظاهر بقيمة العين ، وإن لم يكن للوكيل المطالبة بها ، بل ليس له قبضها في الظاهر ، لعدم كونها للمالك الذي غرمه بزمه ، فقد يقال : إنها من مجهول المالك ، ولكن فيه أنها محكوم بها للموكل في الظاهر ، وإن كان لا يجوز دفعها بعد أن غرم الوكيل ، إذ لا يجمع له قيمتان لماله .

ومن هنا قديقال : إنها تفسد في مال الوكيل عوض ما غرمه جبر الظلام لكن لم أجد تحريراً لذلك في كلمات الأصحاب والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد خلافاً فيه بين من تعرض له ، ان ﴿ اطلاق الوكالة في البيع يقتضى ﴾ الاذن في ﴿ تسليم المبيع ، لأنه من واجباته ﴾ باعتبار اقتضائه ازالة ملك البايع عن المبيع . وإدخاله في ملك

المشتري ويجب على مدخل الملك التسليم ، لأنه من حقوقه ، ولكن لا يسلمه حتى يقبض الثمن من له قبضه من المالك أو مأذونه ، رعاية لمصلحة المالك ، فلو سلم المبيع حينئذ قبله فتعذر أخذه من المشتري ضمن لتضييعه إيّاه بالتسليم .

كذا في المسالك بل وجامع المقاصد وفيه أن المتبج تعليل ذلك بدعوى الفهم عرفاً من الإطلاق ، وإلا فلاريب في عدم دخول التسليم في مفهوم البيع المفروض إذنه فيه ، ولذا صرح في التذكرة بصحة تصريح المالك بالنهاي عن التسليم مع الإذن في البيع . قال : وكون التسليم مستحقاً للمشتري لا يقتضي كون المستحق هو تسليم الوكيل على البيع ، فالمنوع منه غير المستحق ، وإن ناقشه في جامع المقاصد بأنه إذا سلم المشتري الثمن إلى الموكل إنقطعت سلطنة الموكل عن المبيع ، وجب على من كان بيده تسليمه إلى مالكه ، وكذا القول في الثمن في جانب الشراء فليتأمل ذلك .

لكن فيه إن ذلك خروج عن محل البحث الذي هو تسليم الوكيل من حيث الوكالة التي يكون فيها الوكيل قائماً مقام الموكل ، ومن حيث التقابض الذي اقتضاه العقد ، وإلا فهو قد صرح في التذكرة بعد ذلك بلافصل بما ذكره .

قال : « إذا دفع المشتري الثمن إلى الموكل أو إلى الوكيل المأذون له ، أو إلى المطلق إذا جازنا له قبض الثمن ، فالوكيل يسلم المبيع ، سواء أذن له الموكل أولاً أو منعه ، لأن المشتري إذا دفع الثمن صار قبض المبيع مستحقاً ، وللمشتري الإفراد بأخذه ، فإن أخذه المشتري فذلك ، وإن سلمه المشتري فالأمر محمول على أخذ المشتري ، ولا حكم للتسليم .

و هو صريح فيما قلناه من أنه لا مدخلية لذلك فيما نحن فيه من اقتضاء الإطلاق الإذن ، لا مثل هذا التسليم الذي هو واجب على كل من كان بيده المال ، من غير فرق بينه وبين غيره .

و حينئذ فمحل البحث في التسليم الذي هو مقتضى التقابض في العقد ، وهذا لاريب في صحة نهى وكيل البيع عنه ، ودعوى وجوبه على مدخل المالك من حيث

كونه مدخلا ، وإن كان نائبا عن الغير فيه - واضحة المنع ، فليس حينئذ إلا دعوى الفهم عرفا و قد يمنع ذلك خصوصا فيما إذا كان المبيع الذي وكل عليه في يد الموكل .

ثم إن المراد من الضمان - لو سلم الوكيل . المبيع قبل قبض الثمن فتلف ، على الموكل - ضمان قيمة العين إن كانت هي و الثمن متساويين ، و لو كان الثمن أكثر ففي التذكرة - لم يكن عليه الا القيمة ، لأنه لم يقبض الثمن فلا يكون مضموئاعليه ، و انما يضمن ما فرط فيه ، و هو العين حيث سلمها قبل الايفاء .

و لو كانت القيمة أكثر ، فإن باعه بعين يحتمل تغاين الناس بمثله فالأقوى أنه يفرم جميع القيمة حيث فرط فيها كما لو لم يبع بل أتلفها ، و هو أصح وجهي الشافعية ، و الثاني أنه يفرم القيمة ويحط عنه قدر العين لصحة البيع بذلك الثمن ، و لو باع بغير فاحش باذن الموكل احتمل الوجهان : أما الاول فظاهر ، و أما الثاني : فقياسه أن لا يفرم إلا قدر الثمن لصحة البيع به بالأذن ، فإن قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه للموكل واسترد ما غرمه .

قلت : قد يناقش في أصل الضمان أولا و إنما هو مجرد إثم ، و لو سلم بدعوى استفادته من قاعدة «لا ضرر ولا ضرار» و من فحوى ماورد من ضمان الدين لتمكين الهرب للمديون من يد الديان ، و من تعلق حق الرهانة بقيمة الرهن لو أتلفه متلف ، و صدق الخيانة و التفريط فيما هو أمين فيه من المعاوضة على الوجه المزبور ، و غير ذلك .

فالمتبجـه ضمان القيمة وإن كانت أكثر من الثمن إذا كان فيها احتمال رجوع للمالك بفسخ و نحوه ، و إلا فله مقدار ما قابل ثمنه إذا كانت أكثر ، و أما ضمان نفس الثمن فيدفعه أنه ليس و كيلا عليه حتى يكون مفرطاً فيه ، و إنما ضيع على المالك حق حبس العين الذي يمكن استيفاؤه منه بوضع قيمة العين قائمة مقامها ملاحظاً جبر ضرر المالك بالطريق الذي ذكرناه ، و به يفرق بين ما نحن فيه و بين

ما يأتي من ضمان الثمن في الوكيل على التقابض باعتبار صدق التفريط عليه في مال الموكل الذي هو الثمن فتأمل جيداً .
ولعله مما ذكرناه أخيراً دليلاً للمطلوب ينقدح اختصاص الضمان - على الوجه الذي ذكرنا - بالوكيل دون الأجنبي .

نعم يتجه ذلك لو كان مدرك المسألة تضييع حق الحبس من غير فرق بين الوكيل وغيره والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ ذكرنا ان ﴿ اطلاق الوكالة في الشراء يقتضى الاذن في تسليم الثمن ﴾ والكلام فيه على نحو ما سمعته في تسليم المبيع ﴿ لكن ﴾ ظاهرهم الاتفاق على انه ﴿ لا يقتضى ﴾ اطلاق ﴿ الاذن في البيع ﴾ الاذن في ﴿ قبض الثمن ﴾ ، لأنه قد لا يؤمن على القبض ﴿ وكذا اطلاق الاذن في الشراء لا يقتضى الاذن في قبض المبيع ، لأنه قد لا يؤمن عليه أيضا .

نعم اذا قامت قرائن حالية أو مقالية على ذلك اتبع مقتضاها حينئذ ، بل هو ضامن للثمن والمبيع إذالم يقبضهما فتلقا على البائع والمشتري ، لتفريطه ، وظاهرهم هنا ضمان نفس المبيع و الثمن ، لا قيمة المدفوع ، ولعله لما عرفت من صدق كونه مفراطاً ومضيئاً وخائناً فيما هو موكل فيه والله العالم .

﴿ وللوكيل ﴾ في الإبتياح مثلاً ﴿ أن يرد ﴾ بالعيب ﴿ مثلاً المفروض صحة العقد عليه باعتبار خفائه ﴾ لانه من مصلحة العقد ﴿ الموكل عليه ﴾ ، وقد عرفت أن للوكيل مراعاة المصلحة فيما هو وكيل فيه ، مضافاً إلى تناول اطلاق أدلته له في وجهه ، فله حينئذ ذلك ﴿ مع حضور الموكل وغيبته ﴾ ﴿ لكن ﴾ لو منعه الموكل لم يكن له مخالفته ﴿ ضرورة كون الحق له ﴾ ، وإنما كان ثبوته له باطلاق الوكالة في الإبتياح مثلاً .

و لعل المصنف أراد التنبيه بذلك على عدم ثبوته له من حيث كونه عاقداً على وجه لامدخليّة لنهى المالك عنه ، نحو ما احتمل في خيار المجلس للوكيل ، أو على

الفرق بينه وبين عامل المضاربة ، بناء على عدم تسلط المالك في اسقاط خيار العيب الثابت له ، لعدم انحصار الحق فيه .

و على كل حال فما في المسالك - تبعاً لجامع المقاصد من إشكال أصل ثبوت الرد بأنه إنما أقامه مقام نفسه بوكالته له في العقد ، لافي اللوازم التي من جعلتها القبض والإقالة وغيرهما ، وليس له مباشرتها إجماعاً - لا محصل له ، بعد فرض الفهم عرفاً ، و تناول دليل الرد له شرعاً بل الظاهر ثبوت ذلك أيضاً في الوكالة على شراء عين بخصوصها ، مالم يظهر من المالك إرادته على كل حال ، و إن استشكل فيه في القواعد .

بل عن التذكرة الجزم بعدم الرد في الأول فضلاً عن الثاني مشعراً بدعوى الإجماع عليه في وجهه و وافقه على ذلك ثاني المحققين و الشهيدين ، و لعل الفهم عرفاً و تناول الدليل شرعاً حجة عليهم .

و حينئذ فلما ستمهله البايع حتى يحضر الموكل لم يلزم إجابته ، مع فرض عدم مصلحة في ذلك ، فإن ادعى البايع رضی الموكل ، و أنه يعلم الوكيل بذلك ، استحلغه على نفى العلم ، و لو ردّه فحضره الموكل و ادعى الرضا على وجه يقتضي سقوط خيار الرد و صدقه البايع انكشف حينئذ بطلان رد الوكيل .

لكن في التذكرة ، و القواعد ، و جامع المقاصد بطل الرد إن قلنا بالعزل ، و ان يعلم الوكيل ، بل في الأخير زيادة ، أما على القول بأنه لا ينزل مالم يعلم العزل ، و هو الأصح ، فإن الرد ماض ولا أثر لرضا الموكل .

و فيه أنه لا وجه لبناء ذلك على المسألة المزبورة ، بل الظاهر انكشاف بطلان الرد على كل حال ، ضرورة انتفاء متعلق الوكالة مع فرض سبق اسقاط المالك الخيار قبل رد الوكيل به ، كما هو واضح بأدنى تأمل .

و دعوى عموم أدلة تلك المسألة - كصحيحي ابن وهب و سالم ^(١) المتقدمين و

(١) الوسائل الباب - ٢٠١ من أبواب أحكام الوكالة الحديث - ١

غيرهما للأعم من العزل بالقول و الفعل الشامل لما نحن فيه ، فيكون ذلك منهما اختياراً في المسألة لا اشتباهاً - يدفعها استبعاد التزام مقتضاها من مراعاة كل تصرف للموكل بتصرف الوكيل ، فإن كان قد وقع منه و لو بعد تصرف الموكل ما ينافيه قدم عليه ، و صار سبباً لانفساخ تصرف الموكل الجامع لجميع شرائط الصحة و اللزوم ، و إلا مضى .

فالوكيل حينئذ بالنسبة إلى المالك أعظم من الوليين اللذين يمضي تصرف السابق منهما ، لما عرفت من مضي تصرف الوكيل و إن كان متأخراً دون الموكل ، ولا ريب في منافاته لعموم ^(١) « تسلط الناس على أموالهم » ^(٢) « و أوفوا بالعقود » و غيرها بل لا يلتزمه من له أدلى دربة في الفقه .

و دعوى أن التعارض بين هذه العمومات من وجه ، يدفعها أو لا : ظهور أدلة الوكالة في بقاء الموضوع الموكل فيه ، فلا تعارض حينئذ ، بل استفاد من مجموع قوله ^(٣) « الناس مسلطون » إلى آخره و نحوه و من قوله ^(٤) « من وكل بأمر » إلى آخره سوى ثبوت الولاية لكل منهما على ذلك ، فأيتهما سبق تصرفه نفذ و إن اقترنا بطل .

بل هو مقتضى قيام الوكيل مقام المالك ، و كونه نائباً منابه ، و فرعاً من فروعها ، و ليس في شيء منها ما يقتضى فسخ تصرف الموكل بوقوع تصرف الوكيل بعده ، بل دعوى ذلك من غرائب الفقه ، ضرورة كون العكس مظنة ذلك .

و منه ينقدح أنه لو سلم التعارض من وجه - و إن كان هو كما نرى - فلا ريب في كون الترجيح لتلك ، باعتبار معلومية خروج مسألة الوكالة عن القواعد التي يجب الاقتصار فيها على ما هو المتيقن ، و هو العزل قولاً ، أو فعلاً مع بقاء العين

(١) البحار جلد ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة

(٢) سورة المائدة الآية - ١

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب احكام الوكالة الحديث -

الموكل عليها قابلة لتعلق فعل الوكيل فيها كما هو واضح .
و بذلك بان لك أن ما فى القواعد و جامع المقاصد واضح الضعف على كل
حال ، كما أن ما فيها أيضا من أنه لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد
الرد له ذلك ، لا يخلو من نظر أيضا ضرورة أن فعله الموافق للمصلحة ماض على
الموكل .

نعم لو قلنا بأن الالتزام و الرد للوكيل ليس من حيث الوكالة ، بل للأدلة
الشرعية أمكن حينئذ اشتراك حق الخيار بينهما ، فلا يعضى التزام الوكيل حينئذ
على الموكل ، لكن فيه أنه ينبغى أيضا عدم مضي التزام الموكل على الوكيل ،
و قد عرفت نصريحه سابقا بخلافه ، أللهم إلا أن يفرق بين الموكل و الوكيل فى
ذلك .

الفصل الثانى

﴿ فى ﴾ متعلق الوكالة وقد اعتبر الفاضل فيه أموراً ثلاثة أحدها : أن يكون
قابلاً للنيابة ، ضرورة أنها روح الوكالة ، فلا بد حينئذ من معرفة ﴿ ما لا تصح فيه
النيابة ، و ما تصح فيه ﴾ و المهم فى ذلك تحرير أصل يرجع إليه فى محال الشك .
وقد استفاد من التأمل فى كلام الأصحاب أن الأصل جواز الوكالة فى كل
شيء ، كما يرمى إلى ذلك ذكر الدليل فيما لا تصح فيه من النص على اعتبار
المباشرة و نحوها ، مما يمنع من الوكالة دون ما صححت فيه ، و لعل مرجع ذلك
إلى دعوى اشتراط المباشرة و نحوها مما يمنع الوكالة ، و الأصل عدمها .
ولا يكفى فى امتناعها ثبوت مشروعيتها حال المباشرة ، فإن ذلك لا ينافى عموم
مادل على جواز الوكالة ، إنما ينافيه اعتبارها شرطاً ، وأصالة عدم الوكالة قد انقطع
بثبوت مشروعيتها ، كغيره من العقود ، بل الظاهر الاكتفاء فى إثبات عمومها بنحو

قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن سالم^(١) «أن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل» .

و قوله في الصحيحين^(٢) أيضا « من وكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً ، حتى يعلمه بالخروج منها ، كما أعلمه بالدخول فيها » و نحو ذلك مما لا ينافي لدلالته على كون الوكالة جائزة ، مسوقة لبيان توقف العزل على الاعلام ، ضرورة أنه دل على ذلك و على المشروعية .

بل هو كاف في اثبات المطلوب ، ضرورة تناوله لكل مورد من الموارد التي تعلقت به الوكالة من محال الشك ، فإنه يصدق عليه حينئذ أنه وكل على إمضاء أمر ، فلا ينمزل حتى يبلغه العزل .

و بالجملة من أعطى التأمل حقه في هذه النصوص و ما شابهها يكاد يقطع بما ذكرنا خصوصاً مع ملاحظة التمسك من الأصحاب في كل عقد بالعمومات جائزها ولازمها ، و ليس في شيء منها سوى ما دل على مشروعية طبيعتها ، المقتضى للمشروعية في كل فرد من أفرادها التي حلت فيه الطبيعة ، حتى يعلم فساد .

فالحكم الشرعي في خصوص الفرد الذي هو محل الشك مستفاد من الجواز الثابت للطبيعة حينئذ ، بعد فرض تحقق الإطلاق العرفي الذي لامدخلية للصحة الشرعية فيه ، فإنها اسم للأعم من الصحيح و الفاسد .

و بذلك ظهر لك مشروعية الوكالة في كل شيء إلا ما علم خروجه ، و قد نبه عليه المصنف بقوله ﴿أما ما لا تدخله النيابة فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرة﴾ بنص أو إجماع أو نحوه فإِنَّ الوكالة حينئذ منافية لحقيقته أو لما يعتبر فيه ﴿كالطهارة﴾ من الحدث ﴿مع القدرة﴾ ترابية كانت أو مائية ﴿و إن جازت النيابة في غسل الاعضاء عند الضرورة﴾ أو مسحها بالتراب إلا أن المتولي

١- الوسائل الباب - ٢- من ابواب أحكام الوكالة الحديث - ١-

٢- الوسائل الباب - ١- من ابواب أحكام الوكالة الحديث - ١-

للنية هو لا النائب ، و إلا لم يصح بل فى المسالك « هذه الاستنابة ليست توكيلا حقيقيا ، و من ثم تقع ممن لا يصح توكيله كالمجنون ، و فيه أنه لا يقتضى عدم صدق الوكالة فى تولى البالغ العاقل .

نعم قد يقال إنه فرد ثان للفعل المأمور به مباشرة حال القدرة اكتفى به الشارع ، باعتبار تهية أعضائه و قبول الصب ونحو ذلك حال العجز ، أما الطهارة من النجاسة فقد قيل إنه يجوز له الاستنابة فيه ، لأن الغرض منه هجران النجاسة و زوالها كيف اتفق ، و من هنالم يعتبر فى صحته النية و إن ترب الثواب معها و الصلاة الواجبة مادام حيا * بالأصل إلا فى مثل ركعتي الطواف فى النياية فى الحج عن الحي العاجز ، بناء على شرعيته تبعا للمنوب فيه فضلا عن ركعتي الطواف المندوب ، و ركعتي الزيادة .

و أمّا غيرهما من النوافل و مطلق الصوم المندوب ففي المسالك « فى جواز التوكيل فيه نظر ، و إطلاق جماعة من الأصحاب المنع من الاستنابة فى العبادات يشملهما ، و إن تقييد الإطلاق فى غيرهما .

قلت : قد يستفاد من النصوص مشروعية إهداء الثواب فى جميع المندوبات للحي و الميت ، بل قد يستفاد منها فعلها عنه على وجه يترتب الثواب له كما أشرنا إليه سابقا فى العبادات . نعم لا دليل على شرعية النياية فيه على وجه يسقط خطاب الندب عن المكلف ، بل هو باق على ندييته له ، و إن ترب ثواب له على فعل الغير بنية النياية عنه فلاحظ و تأمل .

و من ذلك يعلم الحال فى إطلاق عدم جواز النياية فى العبادات حتى جعله فى المسالك أصلا و إن خرج منه ما خرج بالأدلة الخاصة ، و فيه : أنه ليس فى العبادة إلا الفعل بقصد القربة ، و إن الشارع جعل ذلك سببا لترتب الثواب عليه ، و هو غير مناف للنياية فيه ، فيندرج فى عمومها الذى مقتضاه مشروعية جعل فعل الغير فعل الإنسان نفسه بالإذن و التوكيل من الطرفين .

و هذا أمر شامل للعبادة وغيرها فتأمل ، فانه دقيق نافع ، وإنه من ثمرات الأصل الذي ذكرناه و خصوصا بعد التأمل فيما جاز من النيابة فيها حال الحياة و بعد الموت ، و خصوصا المالية منها فتأمل جيدا والله العالم .

﴿ و كذا ﴾ الكلام في ﴿ الصوم ﴾ الواجب و المندوب ، و إن قال في جامع المقاصد : « إن ظاهرهم عدم جواز النيابة فيه مطلقا ، واجبا كان أو مندوبا مادام حيا » بل ﴿ و ﴾ مثله ﴿ الاعتكاف ﴾ المعتبر فيه الصوم ﴿ و الحج الواجب مع القدرة ﴾ أمّا مع العجز فقد عرفت البحث فيه في كتاب الحج ﴿ و الايمان ﴾ حتى الإيلاء ﴿ و النذور و الغصب ﴾ و سائر المعاصي المعلوم ترتب الاثم على فاعلها كالزنا و اللواط ﴿ و القسم بين الزوجات ، لأنه يتضمن استمئاعا و الظهار ﴾ الذي صيغته مختصة بالمظاهر و منكسر من القول و زور و بمعنى اليمين ﴿ و اللعان ﴾ الذي حقيقته الدعاء على نفسه إن كان مفتريا ، أو شهادة أو يمين ﴿ و قضاء العدة ﴾ التي هي لاستبراء الرحم ﴿ و العجناية ﴾ و نحو ذلك مما علم في بعضه عدم قبول النيابة .

و أما البعض الآخر فإن ثبت فيه اجماع و نحوه من الأدلة المعتبرة على منع النيابة فيه كان هو الحجة ، و إلا كان محلا للنظر و التأمل و مثل الظهار الذي هو كالطلاق و الصيغة موردها المباشر إذ كان هو نحو غيرها من النذر و العهد و اليمين و نحوه مما هي من الاسباب لترتب أحكام و لا مانع من النيابة فيه ، و الحرمة على المظاهر لا تقتضي الحرمة على وكيله في إجراء الصيغة إذا كان جاهلا مثلا ، على أن الاعانة لا تقتضي عدم ترتب أحكام السبب ، كما أن ذلك لا ينافي عمومات الوكالة و الله العالم .

﴿ و ﴾ أمّا ﴿ الالتقاط ﴾ المملك ﴿ و الاحتطاب و الاحتشاش ﴾ ففي القواعد فيه نظر ، و في التذكرة الجزم بعدم الصحة في الالتقاط ، و يمكن أن يريد به غير الذي هو بحكم المباح اما هو ففيه البحث في حيازة المباحات ، و قد ذكرنا في المضاربة تحقيق الحال فيها و قبولها للنيابة باستيجار و غيره ، لعدم ما يدل على الدخول في

ملك المحيَّز قهراً حتى لو قصد عدمه ، بل لعلَّ ظاهر الدليل خلافه ، خصوصاً مع عدم قصد الدخول في حوزته بالاستيلاء عليه .

نعم ظاهر قوله عليه السلام ^(١) « من أحیی ، أو حاز » أو نحوهما اعتبار قصد الفعل بعنوان الاستيلاء عليه ، والادخال تحت سلطانه الذي هو الملك عرفاً في ترتب الملك شرعاً ، فهو حينئذ من الاسباب الشرعية في حصول الملك ، ولا مانع من جريان النيابة فيه ، كغيره من الاسباب لعموم الوكالة كما هو واضح بادنى تأمل .

و أما الالتقاط بمعنى ترتب حكم التعريف و نحوه عليه فقد يظهر من بعضهم عدم الجواز فيه ، و لعله لظهور أدلته في اعتبار المباشرة فيه ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، إن لم يكن إجماعاً ، ﴿ و ﴾ قلنا بالعموم المزبور على الوجه المذكور .

نعم لا يجوز الوكالة في ﴿ إقامة الشهادة إلا على وجه الشهادة على الشهادة ﴾ بل هي ليس من الوكالة بل النيابة في شيء ، وإنما هي شهادة على الشهادة ، ولكن لها شبه في النيابة ، و من هنا صحَّ الاستثناء ، و لو جعلها من الافراد المجازية لها . و أمّا القضاء و الحكم بين الناس و قسمة الفیء و النسيئة ففي جامع المقاصد « أنه يصح التوكيل فيه » و مراده و لو بقرينة ما تقدم له سابقاً ما في المسالك من جواز تولية الإمام غيره في القضاء ، و كذا تولية منصوبه الخاص لغيره مع الإذن في ذلك ، و تسمية هذا النوع وكالة مجاز ، و استثناءه من هذا الباب لكونه عبادة ، بل من أكمل العبادات ، إلى أن قال : « و إنما قيدنا تولية القضاء بالإمام أو نائبه الخاص لعدم إمكان تولية منصوبه العام و هو الفقيه في زمان الغيبة لغيره ، لأن غيره إن كان جامعاً لشرائط الفتوى كان مساوياً للأول في كونه نائباً للإمام فيه أيضاً ، و إلا لم يتصور كونه قاضياً ، لما اتفق عليه الأصحاب من اشتراط جميع شرائط الفتوى في القاضي ، نعم يمكن الاستنابة في الحلف بعد توجه اليمين .

(١) الوسائل الباب ١ - من ابواب احياء الموات الحديث - ٥ - ٦

لكن فيه مواضع للنظر كدعوى أنه من العبادات التي من شرط صحتها النية، وكدعوى عدم تصوره في زمن الغيبة لما ذكره مما يعتبر في القاضي لاثابته في القضاء، بمعنى جواز توليته قول حكمت الذي فيها الفصل بين المتخصصين، فهي كغيرها من الأسباب التي يصح فيها التوكيل، فالأولى الاستناد فيه إلى الإجماع على عدم قبوله للنيابة إن كان، و تسمع إنشاء الله زيادة تحقيق للمسألة في كتاب القضاء.

و في جامع المقاصد متصلاً بالعبارة السابقة «وكذا لا يجوز للمحاكم أن يوكل من ينوب عنه في الحجر و يوكل الغرماء من يطلبه منه، أما المحجور عليه فلا يصح له أن يستنيب من يحكم عليه بالحجر عنه» و مراده أن يكون النائب نفسه محجوراً عليه.

و أما رد السلام فقد جزم في جامع المقاصد بعدم صحة التوكيل فيه، و أنه متعلق بمن سلم عليه، معللاً له بأن وجوبه فوري و التوكيل مؤدّ إلى فواته، و فيه أن مجرد ذلك لا يصلح للمانع، لا مكان تصورها مع عدم فواتها، وكذا الكلام في كل فوري خيار وغيره، و أما التوكيل في الإقرار ففيه بحث تعرفه إنشاء الله تعالى فيما يأتي، هذا كله فيما لا يدخله النيابة لمعلومية اعتبار الشارع فيه ما ينافيها.

﴿و أمّا ما تدخّله النيابة، فضابطه: ما جعل ذريعة إلى غرض لا يختص بالمباشرة﴾ و يكفي في ذلك عدم العلم باعتبارها، لعموم مشروعية الوكالة و النيابة كما عرفت، ﴿كأ﴾ نواع ﴿البيع و﴾ توابعه من ﴿قبض الثمن﴾ و دفع الثمن، و الإقالة، و اثبات الخيار والفسخ به، و نحو ذلك.

﴿و﴾ كذا ﴿الرهن و الصلح و الحوالة﴾ و الكفالة ﴿و الضمان و الشرقة و الوكالة و العارية و في الأخذ بالشفعة و الإبراء و الوديعة﴾ و الوصية ﴿و قسم الصدقات﴾ و قبضها و دفعها ﴿و عقد النكاح و﴾ توابعه من ﴿فرض الصداق﴾ و الفسخ بالعيب ﴿و الخلع﴾ و المباراة ﴿و الطلاق﴾ و غيرها ﴿و استيفاء القصاص﴾

و إن شرع للتشفي **﴿﴾** و قبض الديات ، و فى الجهاد على وجه **﴿﴾** لأن المقصود به حماية الدين ، و حراسة المسلمين ، فلا يتعلق الغرض فيه بمعين .
نعم لو فرض تعيينه بتعيين الإمام إتياء لجودة رأيه فى الحرب أو بتوقف الدفع عليه ، لم يجز التوكيل فيه ، و فى جامع المقاصد هذا هو المراد بقوله على وجه ، **﴿﴾** و فى استيفاء الحدود مطلقا **﴿﴾** مع حضور المستحق و غيبته ، و سواء كان الحد لا دمي أو لله تعالى .

﴿﴾ و **﴿﴾** كذا يجوز التوكيل **﴿﴾** فى اثبات حدود الآدميين **﴿﴾** التى هى أحد حقوقهم ، **﴿﴾** أمّا حدود الله سبحانه **﴿﴾** و تعالى **﴿﴾** فلا يجوز عند المصنف و الفاضل فى القواعد ، بل تحريره المنع منه مطلقا ، إلا فى حد القذف .
لكن فى التذكرة صرح بجوازها فى اثبات حد الله فضلا عن الآدمي ، محتجا بأن النبى **﴿﴾** و كئل أنيسا فى اثبات الحد و اشتيفائه جميعا حيث قال له « فان اعترفت فارجمهما » و بدخول ذلك فى نيابة النوآب الذين كانوا يرسلونهم إلى الأطراف ، و لعله الأقوى فى النظر ، فيجوز للإمام و نائبه العام ذلك ، و لا ينافيه درء الحد بالشبهة . نعم ليس لأحد توكيل غيره فى ذلك ، لاستواء المكلفين فى الحسبة ، و يمكن حمل عبادة المصنف و غيره على ذلك .

﴿﴾ و **﴿﴾** كذا يجوز التوكيل **﴿﴾** فى عقد السبق و الرماية **﴿﴾** كغيره من العقود **﴿﴾** والعنق والتدبير والكتابة ، و فى الدعوى ، و فى اثبات الحجج والحقوق **﴿﴾** و غيرها مما لا حاجة إلى تعدادها بعد ما عرفت من الأصل الذى ذكرناه ، مع أن هذا التعداد لا يفي بحصرها ، كما أن الضابط المزبور لا يجدي فى أفراد الشك .

أللهم إلا أن يريدوا به ما أشرنا إليه من الاكتفاء بعدم العلم فيه ، و لعله المقصود لهم ، كما يومى إليه تعرضهم للدليل فى ممنوع التوكيل ، بخلاف غيره مما اكتفوا فى جواز التوكيل فيه ، بعدم ما يقتضى المنع ، و بذلك يتم أيضا ما ذكرناه

من الأصل المزبور والله العالم .

و الثاني من الأمور المعبرة في الموكل فيه أن يكون معلوما بنوع من العلم ، كما عرفت تفصيل البحث فيه سابقا على هذا الفصل ، ﴿ و ﴾ كذا عرفت الحال فيما ﴿ لو ﴾ وكل على كل قليل و كثير ﴿ و ﴾ وأنه ﴿ قيل لا يصح ﴾ لما يتطرق من احتمال الضرر ﴿ بعق جميع عبيده ﴾ ، وتطبيق جميع نسائه ، و هبة جميع أملاكه و نحو ذلك ، مما لا يوجهه ﴿ و قيل يجوز ﴾ ، و يندفع الاحتمال باعتبار المصلحة و ﴿ لكن قال المصنف : ﴿ هو بعيد عن موضع الفرض ﴾ الذي هو العموم المزبور .

﴿ نعم لو وكله على كل ما يملك صح ﴾ لأنه يناط بالمصلحة ﴿ بعد اندفاع معظم الغرر عنه بتخصيص المتعلق في الجملة .
و فيه أو لا : أن العموم أولى باعتبار المصلحة المعبرة في الفرد الخاص ، فضلا عنه .

وثانيا : أنه لا فرق في ضبط المصلحة بين العمومين ، فإن انتشار العام لا يمنع من ذلك ، فإن مرجع المصلحة الى نظر الوكيل فما علم فيه المصلحة فعله ، و ما اشتبه امتنع ، و لأنه لو فصل ذلك العام المنتشر صح ، ويقيد برعاية المصلحة على ما اعترفوا به ، و ذلك مشترك بينهما و يمكن حمل كلام المصنف على إرادة البحث في صحة الوكالة ملاحظا فيه عدم التقييد بالمصلحة ، وأنه يفعل كلما يشاء ، وحينئذ يبقى البحث معه في ذلك ، مع فرضها على وجه يصح وقوعها من الموكل و أنها لا تؤثر سلبا أو نحوه مما يمنعه من الوكالة فانه يكون خارجا عما نحن فيه اما مع عدمه فالوجه الصحة لعموم الوكالة فتأمل جيدا .

الثالث : أن يكون مملوكا للموكل اتفاقا منّا كما في جامع المقاصد « فلو وكله على طلاق امرأة سينكحها أو عتق عبد سيملكه أو بيع ثوب سيشتريه لم يصح نعم لو وكله على شراء عبد و عتقه أو ثوب و بيعه جاز ، و منه كما في جامع المقاصد ما لو قال : طلق زوجتي ثلاثا فانه يكون دكيلا في الرجعتين بينهما ، قال : ولكن

يرد عليه أن ذلك توكيل في تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعة إنما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح .

ثم أجاب بأنه ليس ببعيد أن يقال : إن التوكيل في مثل هذا جائز لأنه وقع تابعاً لغيره ، ونحوه ماله وكله في شراء شائين ، وبيع إحدىهما أمالاً وكله فيما لا يملكه استقلالاً كما لو وكل في طلاق زوجة سينكحها لم يصح ، والفرق بين وقوع الشيء أصلاً وتبعاً كثير ، لأن التابع وقع مكملًا بعد الحكم بصحة الوكالة ، واستكمال أركانها ، وقد وقع الإيماء إلى ذلك في التذكرة .

قلت : وقد تبعه عليه كل من تأخر عنه ، ونظروه في الوقف على المعدوم أصالة وتبعاً .

لكن الانصاف أنه ليس بشيء عند التأمل ، فإن النظائر لاتصلح لأن تكون دليلاً ، ودعوى تناول العموم له دون الأول مجرد اقتراح ، وإنكار جوازه مطلقاً مكابرة ، بل مشروعية المضاربة حجة عليه ، فإنها من الوكالة أيضاً فلا بد أن يقال ما يرجع منها إلى معنى التعليق باطل ، باعتبار اقتضاء تأخير متعلقها تأخيرها .

أما ما لا يرجع إلى ذلك بأن جعله وكيلاً عنه ونائباً منابه فيما هو أهل له ، ولو بايجاد سببه المتأخر ، عن حال العقد صح ، وإن لم نجعله تابعاً في وكالة شخص خاص ، بل وكل شخصاً على الشراء وآخر على بيع ما يشتريه ذلك ، لكن على الوجه المزبور وبالجمل لا يبعد القول بمشروعية الوكالة لما ذكرناه من عمومها في جعل الشخص نائباً منابه وقائماً مقامه في كل ما هو أهل له ، من غير فرق بين الموجود والمتجدد له من ملك وغيره .

وحينئذ له أن يبيع ما يدخله في ملكه بإرث وهبة وغيرهما ، ولعل من ذلك وكلاء الأئمة ونوابهم سيما وكلاء الناحية وكلاء المجتهدين في زمن الغيبة على ما يتجدد من حق الخمس والزكاة وغير ذلك مما هو راجع إلى الإمام عليه السلام فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع لم أجد من أحاط به .

نعم احتمله الشهيد في حواشيه ، وحكاه عن التذكرة هذا ، ولعله بالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك أن العنوان المزبور في الشرط المذكور في غير محله ، وإن انساق إلى الذهن بعض الأفراد التي تنطبق عليه ، والأمر سهل بعد معلومية الحال في كثير من الأفراد التي هي ممنوعة مباشرة وتوكيلا ، بل لا يجوز له في بعضها مباشرتها للمغير أيضاً فلا يصح كالتة فيها ولا توكيله ، ومنها ما يحرم عليه مباشرتها وإن جاز التوكيل فيها ككنس الحائض والجنب المسجد .

وعلى كل حال فلو قال الموكل اشتر لي من مالك كـ " طعام لم يصح ، إذا كان المراد جعل الثمن في العقد من مال الوكيل لما هو معلوم من عدم جواز شراء الانسان بماله ما يملكه غيره ، فيكون كالتة فيه باطلة .

نعم لو قال : اشتر لي في الذمة واقض الثمن عني من مالك صح ، لجريان الوكالة في وفاء الدين ، ولو قال اشتر لي من الدين الذي لي عليك صح " ، وبرء بالتسليم إلى البايع الذي قد أقامه الموكل مقام نفسه ، كما تسمعه من المصنف ، ولا يكفي تشخيص المديون قبل قبضه بعد أن لم يكن وكيلا على ذلك .

وحينئذ فلو شخص المديون الدين بنقد خاص واشترى به للموكل لم يكن صحيحاً واحتمل بعض الأفاضل صحته ، وإن كان لم يبرء تماماً إلا بالتسليم إلى البايع وحاصله أنه بذلك التشخيص يكون الملك للموكل متزلزلاً ويكفي في صحة البيع ولكن تمامه متوقف على تسليم البايع .

إلا أنه كما نرى لا يمكن انطباقه على القواعد الشرعية ، بعد فرض عدم كالتة على التشخيص المزبور ، ودعوى استفادة ذلك كله من عبارة الموكل ممنوعة ، وتستسمع زيادة لذلك عند تعرض المصنف له في آخر الفصل الرابع والله هو العالم بحقيقة الحال .

الفصل الثالث: في الموكل

﴿ويعتبر فيه البلوغ والعقل وأن يكون جائز التصرف فيما وكل فيه مما تصح فيه النيابة ، فلا تصح وكالة الصبي﴾ لسلب عبارته وفعله فضلاً عن عدم جواز تصرفه ﴿مميزاً كان أو لم يكن﴾ أذن فيه وليه أولم يأذن ، كما عرفته غير مرة .
نعم ﴿ولو بلغ عשרاً جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ، كالوصية والصدقة﴾ والعنق ﴿والطلاق على رواية﴾ بل في جامع المقاصد نسبة القول بها في الثلاثة الأولى إلى الشيخ وجماعة ، بل فيه «إن القول به وإن كان مشهوراً إلا أن مستنده غير واضح» . قلت : ستعرف في كتاب الوصية أن الأقوى جوازها فيه ، إذا كانت بالمعروف لأرحامه وغيرهم ، وفاقاً للمشهور ، أما غيرها فمحل بحث ومنع ، وحينئذ لا بأس بتوكيله فيها ، ضرورة ترتيب صحتها على جواز ذلك له ، لأن احتمال اعتبار المباشرة في الجواز له كما ترى ، بل الظاهر بعد جوازه له ، جواز توليه لغيره ممن يجوز منه صبيحاً أيضاً وغيره ، كما أومى إليه المصنف بقوله ﴿وكذا يجوز أن يتوكل فيه ،﴾ لأن احتمال اختصاص اعتبار لفظه فيه نفسه بعيد عن مذاق الفقه .

﴿وكذا لا تصح وكالة المجنون﴾ مطبقاً أو أدواراً ، بخلاف ﴿و﴾ لا إشكال ، بل قد عرفت اتفاقهم ظاهراً فيما تقدم على أنه ﴿لوعرض ذلك بعد التوكيل أبطل الوكالة﴾ بل والأذن ، وإن تأمل فيه المحدث البحراني بل مال إليه ، لكنه في غير محله ، كما أوضحناه سابقاً .

ولعل الشرط الثالث كان مغنياً عن ذكر الأولين ، ضرورة عدم جواز التصرف للصبي والمجنون ، فلا تصح منهما الوكالة ، ومن هنا عبر الفاضل عن هذا الشرط باعتبار ملك الموكل مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية ، ثم فرع عليه عدم الجواز للصبي والمجنون وغيرهما ، والأمر سهل بعد وضوح الحال .

و أمّا المملوك فلا خلاف ﴿و﴾ لا إشكال في أن ﴿للمكاتب﴾ منه المشروط و المطلق ﴿أن يوكل﴾ في البيع والشراء و نحوها ﴿لأنه يملك التصرف في الاكتساب﴾ فجاز له الوكالة فيه ، نعم قد يتوقف في وكالته عن الغير في ذلك ما لم يكن اكتساباً ، و مقتضى الأصل المنع ، كتوكيله في غير التكسب ، و ليس الاذن المستفاد من عقد المكاتبه في التكسب يقتضى الاذن في غيره . لكن ستسمع إنشاء الله تحقيق الحال فيه في محله .

﴿و ليس للعبد القن أن يوكل إلا باذن مولاه﴾ وإن قلنا بملكه ، لكونه معجوراً عليه فيه ، نعم يجوز له التوكيل فيما يملك مباشرة بدون إذنه كالطلاق كما سيأتي ﴿و لو وكله انسان﴾ باذن مولاه بناء على اعتبار ذلك في صحة وكالته ﴿في شراء نفسه من مولاه صبح﴾ للمعومات و مغايرة المشتري للمبيع يكفي فيها الاعتبار ، مع أنها هنا حقيقة لأن المشتري حقيقة هو الموكل كما هو واضح .

﴿و ليس للتوكيل أن يوكل﴾ عن الموكل ﴿إلا باذن منه﴾ بصريح اللفظ أو ظاهره ، أو قرينة حال أو مقال ، بلا خلاف ولا إشكال ، بل الإجماع بقسميه عليه ، ضرورة أن مجرد وكالته على البيع مثلاً لا يقتضى وكالته ، بل ولا الاذن في ايقاع عقد الوكالة عنه للغير ، أو الاذن له في ذلك كما هو واضح ، وليس هو كالوصي الذي وصايته ولاية ، لا استنابة ، فيجوز له الوكالة عن نفسه لإلزامه الوصي على المنع ، لعموم^(١) « فمن بدّله » خلافاً لابن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، و ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب ، فجوزا توكيله الغير عن الموكل ، و هو كما ترى ، و أمّا وكالته عن نفسه فظاهرهم أيضاً أنها كالوكالة عن الموكل متوقفة على الاذن من الموكل .

لكن قد يشكل ذلك بعدم ثبوت حق للتوكيل على وجه يصح توكيله ، خصوصاً بعد ما اعتبروا في الموكل أن يملك مباشرة ذلك التصرف بملك أو ولاية ، فلا تجدي

الإذن من الموكل في الوكالة عنه نفسه في كون الأمر مستحقا كي يصح توكيله عن نفسه ، والأمر لاقتضت مجرد كآلته هذا الإستحقاق له ، على وجه لا يحتاج إلى إذن الموكل في توكيله ، وصارت الوكالة حينئذ كالولاية .

ويمكن أن يكون وجهه أن له حق النيابة فيما له فعله ، وهو المراد بملك الموكل له إلا أن توقفه على إذن الموكل باعتبار توقف صيرورة فعل شخص لآخر على الإذن منه فيه ، والفرض أن الوكيل الثاني يفعل الفعل عن موكله للموكل الأول ، فلا يكون له إلا مع اذنه فيه ، إذ مع عدمها إنما إذن في لفظ الوكيل الأول مثلا أن يكون لفظا له ، لا وكيله . كما هو واضح ونافع ، وبأنى مزيد تحقيق لذلك إنشاء الله عند تعرض المصنف له .

﴿ ولو كان المملوك مأذونا له في التجارة ﴾ عن نفسه أو مولاه ﴿ جاز ﴾ له ﴿ أن يوكل فيما جرت العادة بالتوكيل فيه ﴾ لغيره من المأذونين كذلك ، ﴿ لأنه ﴾ حينئذ بسبب العادة المزبورة ﴿ كالمأذون فيه ﴾ صريحا بالاختلاف ﴿ و ﴾ لا اشكال ، نعم ﴿ لا يجوز ﴾ له ﴿ أن يوكل في غير ذلك لأنه يتوقف على صريح الإذن عن مولاه ﴾ أو كالصريح في جواز التعويل عليه من ظاهر لفظ أو غيره ، ﴿ وله أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه ، من غير إذن مولاه مما تصح فيه النيابة كالطلاق ﴾ و نحوه مما فيه المقتضى للجواز بلامانع ، إذا الرقبة في حد ذاتها لا تمنع من التوكيل ﴿ و ﴾ إنما هي كالحجر لسفه أو فلس .

فيجوز ﴿ للمحجور عليه أن يوكل فيما له التصرف فيه ، من طلاق و خلع و ما شابهه ﴾ مما هو غير داخل في الحجر أمّا ما حجر عليه فيه ، فلا يجوز وكآلته فيه ، لعدم كونه بجائر التصرف حالها ، وهي استنابة .

لكن الإصاف إن لم يكن إجماعا امكان القول بصحتها ، وإن توقف تصرف الوكيل على فك الحجر عن الموكل نحو الوكالة على طلاق امرأة وهي في طهر الواقعة أو حال الحيض الذي لا خلاف نصا وفتوى في جوازه ، وليس ذامن التعليق في شيء بل

ولامن الوكالة في طلاق امرأة سينكحها، فمافي التذكرة « من أنه من جوز التوكيل في طلاق امرأة سينكحها ، ويبيع عبد سيملكه ، فقياسه تجوز تو كيل المحجور عليه بما سيأذن له فيه الولي و كل هذا عندنا باطل » لا يخلو من نظر .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ لا ﴾ يجوز ان ﴿ يوكل المحرم في عقد النكاح و لا ابتياح الصيد ﴾ بل ظاهرهم الاتفاق عليه ، لعدم جواز أصل الفعل للموكل ، فلا تجوز وكالته فيه ، بل لا تجوز وكالته عن الغير في ذلك كما استعرف ، لحرمة أصل الفعل عليه .

نعم هذا كله في الوكالة لإرادة الوقوع حال الإحرام ، أما لو حصلت الوكالة حالته لإرادة الوقوع حال الإحلال ففي المسالك « ظاهر العبارة منعه ، والأولى الجواز » وهو مؤيد لما قلناه سابقاً ، لكن في جامع المقاصد « ظاهرهم عدم الجواز ، فلا يعتمد على هذا التوكيل لعدم كونه مالكا لمباشرة هذا التصرف الآن . و هو شرط عندنا ، فكان كمالو وكل في طلاق امرأة سينكحها » ثم حذو عبارة التذكرة السابقة ، إلا أنه لا يخفى عليك مافيه بعد الإحاطة بما ذكرناه .

مضافاً إلى خصوص خبر الرازي ^(١) « قلت : لا يبيع الله ﷻ : رجل و كل رجلا بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت ، و خرج الرجل فبداله فأشهد أنه قدأ بطل ما كان أمره به . وأنه قد بداله في ذلك ، قال : فليعلم أهله وليعلم الوكيل » .

هذا وتمام الكلام في حكم المحرم في محله و كذا المعتكف بناء على مساواته له في حرمة الشراء و نحوه ، فلاحظ و تأمل ، وعلى كل حال فقد ظهر بما ذكرنا أنه لا إشكال في صحة الوكالة مع اجتماع ما عرفت في الموكل .

﴿ و ﴾ حينئذ فلا إشكال في أنه يجوز ﴿ للأب والجد أن يو كلا عن الولد الصغير ﴾ في كل مالهما الولاية فيه كغيرهما من الأولياء ، ﴿ و ﴾ كذا ﴿ تصح الوكالة في الطلاق للغائب اجماعاً ﴾ أو ضرورة لوجود المقتضى وعدم المانع ، فما عن

(١) الوسائل الباب ٣ - من أبواب أحكام الوكالة الحديث ١ -

ابن سماعة من الخلاف في ذلك لا ينبغي الالتفات اليه ، بل ﴿ وللحاضر على الأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور ، بل عن ابن ادريس نفي الخلاف فيه بين المسلمين ، لعموم الوكالة و خصوص ترك الاستفصال في صحيح الأعرج ^(١) و غيره .

خلافاً للمحكي عن الشيخ والقاضي و التقى فمنعوها في الثاني لقوله ﷺ ^(٢) « الطلاق بيد من اخذ بالساق ، المراد منه بقرينة معلومية جواز الوكالة في الغائب أن أمره إليه مباشرة أو وكالة ، و إطلاق خبر زرارة ^(٣) عنه ﷺ « لا تجوز الوكالة في الطلاق » المختصر في تقييده على الغائب عن البلد ، جمعاً بينه و بين النصوص المزبورة .

إلا أنه كما ترى - مع قصور سنده و منافاة إطلاقه الاجماع و إن حكي عن ابن سماعة - لا يقاوم ما سمعت من الأدلة من وجوه ، خصوصاً مع عدم التعرض في شيء من النصوص لغيبة و لاحضور ، و إن صرح بعضها بالجواز في الأول ، إلا أن اثباته لا ينبغي ماعداً كما هو واضح ، والله العالم .

﴿ ولو قال الموكل إصنع ما شئت كان دالاً على الإذن في التوكيل ﴾ عن الموكل و عن نفسه ﴿ لانه تسليط على ما تتعلق به المشيئة ﴾ الذي يندرج فيه الفرض فإن لفظ - ما - للعموم الذي لا فرق بينه و بين الخصوص في الاعتبار ، و إن تفاوتنا في القوة و الضعف فما في التذكرة من الخلاف في ذلك محتجاً بأن التعميم فيما يفعله بنفسه ، فلا يتناول التوكيل - في غير محله .

﴿ و يستحب ﴾ استجاباً بإرشادياً ﴿ أن يكون الوكيل تام البصيرة فيما و كل فيه عارفاً باللغة التي يتحاور بها ﴾ في الموكل فيه ، بحيث يكون ملياً بتحقيق مراد الموكل ، بل عن ابن البراج و ظاهر أبي الصلاح وجوبه ، و لكنه ضعيف ﴿ و ﴾ الوجه النذب .

(١) الوسائل الباب -٣٩- من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث - ١

(٢) الجامع الصغير ج ٢ ص ٥٧ طبع احمد حنفي

(٣) الوسائل الباب -٣٩- من ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحديث - ٥

كما انه * ينبغي للمحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومة * والخصومة عنه ، اذا لم يباشروا ، وكذا يوكل من يباشروا جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الممنوعين منه وكذا غير السفهاء ممن للمحاكم ولاية عليه ، وكذا الحكم في الوصي وغيره من الأولياء ، إلا أن ينص الموصى على عدم التوكيل * عنهم و * لكن * يكره لذوى المروات * من أهل الشرف والمناصب الجليلة الذين لا يليق بهم الإمتهان * أن يتولوا المنازعة بأنفسهم * لهم فضلا عنها لغيرهم .

بل قد يستفاد مما روى عن علي عليه السلام أن للخصومة قحما ، وأن الشيطان ليحضرها ، وإلى لا يكره أن يحضرها ، عموم الكراهة المتسامح فيها ، وإن تأكدت فيهم خصوصا ، إذا كانت مع ذوى الألسنة البذية .

ولا ينافي ذلك مخاصمة النبي صلى الله عليه وآله وسلم ^(١) مع صاحب الناقة إلى رجل من قريش ، ثم إلى علي عليه السلام ، ومخاصمة علي عليه السلام ^(٢) ، مع رجل رأى عنده درع طلحة ، فقال له : إنها درع طلحة أخذت غلولا يوم البصرة ، فأكره ودعاه إلى شريح القاضي فمضى عليه السلام معه إليه ، وهي مشهورة ، ومخاصمة علي بن الحسين عليه السلام مع زوجته الشيبانية لما طلقها وادعت عليه المهر ، فإن الدواعي والضرورات الرافعة للكراهة في حقهم عليهم السلام قائمة والله العالم .

(١) الوسائل الباب ١٨ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب ١٤ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ٦ .

الفصل الرابع في الوكيل *

* ويعتبر فيه البلوغ وكمال العقل * بلا خلاف ولا إشكال ، فلا تصح وكالة الصبي إلا فيمأعرفت ، والمجنون بعد سلب عبارتهما ، وما عن ابن البرآج من استثناء الإذن في دخول دار الغير وإيصال الهدية من سلب عبارة الصبي خارج عما نحن فيه من الوكالة ، مع أن ذلك مسلم بالقرائن الدالة على صدقه عن له ذلك ، لا أنه إنشاء منه ، وحينئذ فتجاوز وكالة البالغ العاقل ، * ولو كان فاسقا أو كافرا أو مرتدا * للعموم ، والامتناع في بعض الأفراد لأمر آخر لا ينافي صحتها في الجملة .

* و * حينئذ فـ * لو ارتد المسلم لم تبطل الوكالة * ما عرفت من * أن الإرتداد لا يمنع الوكالة ابتداء ، فكذا استدامة * بل هي أولى للأصل ؛ نعم قد تبطل وكالة الكافر من حيث كونها على مسلم ، كما ستعرف ، وهو شيء غير ما نحن فيه من صحة أصل وكالته ، وظاهرهم كما اعترف به في جامع المقاصد والمسالك عدم الفرق بين المرتد الفطري والملي في ذلك ، ودعوى خروج الأول عن القابلية ممنوعة ، والمسلم منها بالنسبة إلى نفسه .

لكن في حواشي الكتاب للمحقق الثاني على قوله ، « لأن الإرتداد » إلى آخره « إلا أن تكون الردة عن فطرة ويكون رجلا ، أو تكون الوكالة على مسلم ، فإن كانت غير فطرة والوكالة على غير مسلم روعي في بقاء الوكالة وعدمه عوده إلى الإسلام وعدمه ، فإن عاد فوكالته باقية ، وكذا سائر تصرفاته » .

وهو كما ترى حتى بالنسبة إلى المراعاة التي ذكرها ، لمأعرفت من عدم المانع من كونه وكيلا وهو مرتد ، وفي حواشي الشهيد المراعاة في المرتد عن ملة إذا كان الموكل عليه مسلما ، وفيه أن المتبج حينئذ البطلان ، بناء على بطلان وكالته ابتداء ، فكذا استدامة ، لا المراعاة .

﴿ و ﴾ كيف كان فالضابط في الوكيل هو أن ﴿ كل ﴾ ماله أن يليه بنفسه ﴿ بمعنى جواز أصل الفعل له ، ولو لعدم دليل الحرمة ﴾ وتصح النيابة فيه ، صح أن يكون وكيلاً فيه فـ ﴿ تخرج العبادات وما شابهها وإن جاز أن يليها بنفسه إلا أنه لا تصح النيابة فيها و ﴾ تصح وكالة المحجور عليه لتبذير أو فلس ﴿ لا لأنها كما في المسالك - يجوز أن يليا لأنفسهما بعض الأفعال ، فتصح وكالتهما فيها بل في غيرها - إذ هو كما ترى ، خصوصاً اضرابه ، بل لأن لهما مباشرة ذلك بأنفسهما ، ضرورة معلومية عدم حرمة ذلك عليهما ، وإنماهما ممنوعان من التصرف في مالهما ، لا أن من أحكامهما حرمة ذلك عليهما ، كالمحرم الذي صح تنزيله على الضابط المزبور فقال :

﴿ ولا تصح نيابة المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله ، كابتياح الصيد وإسكاه وعقد النكاح ﴾ لما عرفت في الضابط من « كل ﴾ ماله أن يليه بنفسه « إذ هو ضابط للوكيل نفياً وإثباتاً ، ولذا ذكر تفريعاً عليه ما دخل وما خرج ، ولا يشكل ذلك في المرتد الفطري بعدم جواز فعله ما يوقعه لغيره لنفسه ، إذ قد عرفت أن المدار على حرمة المباشرة التي لا دليل عليها في المرتد من حيث ارتداده ، وإنما لم يجز ذلك لعدم الملك والذمة له شرعاً ، و فرق واضح بين جواز فعل الشيء بنفسه ، وبينه لنفسه ، كما هو واضح .

وأيضاً فالمنع من تولي الشيء يتبع دليله ، فإن كان مفاده المنع من مباشرته بمعنى حرمة أصل الفعل عليه ، بحيث لم يجز فعله له ولغيره وكالة ، ولاية ، وفضولاً ، كما في بعض محرمات الإحرام اتبع ، وإلا اقتصر عليه ، فليس مجرد الإمتناع لنفسه يقتضي الإمتناع عن الوكالة فيه عن الغير ، بل لعل الإستقراء في كثير من الموارد وعمومات الوكالة كذلك يشهد بخلافه .

وبذلك بان أن المدار في الضابط المزبور أمران : أحدهما : كون الفعل ممماً يجوز وقوعه من النائب وليس هو من المحرمات عليه ، والثاني : كون الشيء ممماً

تصح النيابة فيه فتأمل والله العالم .

﴿و﴾ على كل حال فلا خلاف ولا إشكال في أنه ﴿يجوز أن تتوكل المرأة في طلاق غيرها﴾ لزوجها ولغيره ، بلا خلاف فيه بيننا ، بل لعل الإجماع بقسميه عليه ، وعمومات الوكالة ، ﴿وهل تصح في طلاق نفسها قيل﴾ والقاتل الشيخ ﴿لا﴾ يجوز لا اشتراط المغايرة بين الوكيل والمطلقة ﴿وفيه تردد﴾ بل منع ضرورة اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغايرة الاعتبارية نحو ما سمعته في غير المقام من نظائره ﴿و﴾ كذا ﴿تصح وكالتها﴾ عندنا ﴿في عقد النكاح﴾ إيجاباً وقبولاً ﴿لأن عبارتها معتبرة فيه عندنا﴾ للعمومات خلافاً للشافعي المانع من توكلها فيه إيجاباً وقبولاً ، كالمحرم وليس بشيء كما ذكرناه في محله ، وحينئذ فهي مندرجة في الضابط المزبور الذي هو مفاد العمومات ، ضروره عدم حرمة شيء من ذلك عليها ، وقابليته للنيابة .

﴿و﴾ على كل حال فلا إشكال ولا خلاف في أنه ﴿يجوز وكالة العبد إذا أذن له﴾ مولاه ﴿لعمومات﴾ فهو مندرج في الضابط المزبور ، أمّا مع عدم الإذن فظاهر المتن وغيره عدم الجواز ، لحرمة التصرف في مال الغير ، والإقتفاع به بدون إذن مالكة ، من غير فرق في ذلك بين اقتضاءهما منع شيء من حقوق السيد وعدمه .

لكن في المسالك والتذكرة جواز توكله بغير إذنه في الأشياء القليلة إذا لم يمنع شيئاً من حقوقه .

وفيه : أن المانع إن كان ملكية المولى للمنافع كما هو الظاهر ، فلا فرق بين المنافية لحق المولى وغيرها في التوقف على الإذن ، وإن كان المانع المنافاة لحق المولى لزمه الجواز في غير ما ينافيها ، سواء كانت قليلة أو كثيرة ، والسيرة في مكالمته ومحدثته إن تمت فلا يتعدى منها إلى غيرها .

وقد أطنب في المسالك في الجواب عن ذلك بما لا يرجع إلى محصل ، إذ هو

إمّا دعوى دلالة القرائن على إذن السيد في ذلك ، وهو خروج عن وظيفة الفقيه ، أو دعوى الإذن شرعاً فيه حتى تعلم الكراهة ، للسيرة المستمرة ، بل وإن علمت ، لأنه كالأستظهارل بحائط الغير ، وفيهما معا منع واضح .

نعم قد يقال بترتب الصحة على عقده وإن بطلت وكالته ، مع فرض استمرار إذن المالك به بعد عدم سلب عبارته ، بل لعله كذلك حتى مع نهي السيد ، فإن أقصى ذلك ترتب الاثم لا الفساد .

و كيف كان فالمراد في صحة وكالته بالإذن أن قبوله لا يؤثر إلّا معها ، بل الظاهر أن للسيد أن يقبل عنه فيكون وكيلاً وإن لم يرض هو ، سواء كان بجعل أو غيره ، كماله تزويج أمته قهراً ، بل ليس له عزل نفسه عن الوكالة مع نهي السيد ، بل ولا مع عدم إذنه كما هو واضح .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ يجوز أن يوكله موله في اعتاق نفسه ﴾ كما جاز وكالته في بيعها وشرائها ، وليس في الأدلة ما يقتضى أزيد من المغايرة الإعتبارية بين المعتقد و البائع والمشتري ومحل الصيغة كما عرفته سابقاً والله العالم .

﴿ ولا يشترط عدالة الولي ولا الوكيل في عقد النكاح ﴾ بلا خلاف فيه بيننا ، بل ولا إشكال ، فيجوز للاب و البجد ذلك وإن كانا فاسقين ، كما يجوز الوكالة للفاسق فيه إيجاباً وقبولاً ، للعمومات ، خلافاً للمحتكي عن بعض الشافعية من اشتراط العدالة فيهما ، ولا ريب في ضعفه .

نعم في اعتبار عدالتهما في ولاية المال خلاف على ما في المسالك ، بل حكى فيها عن التذكرة القطع بأن الفاسق لا ولاية له ، حتى لو كان عدلاً ففسق انتزع المال منه ، وأنه استشكل في ذلك في القواعد في كتاب الوصايا ، وعلى كل حال هو بحث آخر غير ما نحن فيه ، كما هو واضح .

﴿ ولا يتوكل الذمي على ﴾ تحصيل حق من ﴿ المسلم للذمي ، ولا للمسلم على القول المشهور ﴾ بل في التذكرة و التنقيح و عن ظاهر المذهب و المسالك و

غيرهما الإجماع عليه ، و هو إن تم ، الحجة ، لا الآية ^(١) التي لا يخفى عليك ما في دلالتها على ذلك ، خصوصا بعد ورود تفسيرها بأن المراد من السبيل الحجة ، على أن ذلك هو سبيل صاحب الحق الذي فرعه الوكيل .

ولا إشكال في جواز مضاربة الذمي ، وإن باع من مسلم و طالب بالثمن ، وهي متضمنة للوكالة ، اى بعد أن كان الدليل الإجماع ، لا الآية ، و حينئذ فلا معنى للتعدي عن مورد الإجماع اللهم إلا أن يدعى الأولوية الممنوعة . وإن جزم بها في الرياض تبعاً للشهيد في المسالك بل قد يقال بجواز الأذن له في ذلك ، و إن لم يكن وكالة فإنها هي مورد الإجماع المزبور .

بل قد يقال: بجواز وكالة المسلم له على استيفاء ماله في ذمة المسلم ، بما للمسلم في يده من المال ، لعدم اندراجه في الإجماع الظاهر في غير القرض ، كما أنه ظاهر في الاختصاص بما إذا تضمن الوكالة نوع قهر وسلطنة للتعبير بلفظ على ، والاستدلال بالآية .

أما غيره كالوكالة في العقد معه أو إعطاؤه دينارا مثلاً فالمتجه الجواز ، وفاقاً لجماعة من متأخري المتأخرين ، لعموم أدلته ، خلافاً للمحكي عن ابن زهرة من المنع عن توكله على تزويج المسلمة من المسلم ، و عن توكيل المسلم على تزويج المشركة من الكافر ، مدّعيًا عليه إجماع الإمامية ، معللاً ذلك بأنهما لا يملكان لأنفسهما ذلك ، و فيه منع واضح ، بل قد عرفت أن الضابط في الوكيل جواز مباشرته بنفسه ، لأجوازه لنفسه والله العالم .

و هل يتوكل المسلم للذمي على المسلم فيه تردد ❊ و خلاف ، فعن ظاهر المفيد و الشيخ في النهاية و الديلمي و أبي الصلاح و ابن زهرة المنع ، بل عن الأخير منهم الإجماع عليه ، ❊ و الوجه ❊ كما عن عامة المتأخرين ❊ الجواز على كراهية ❊

للعوم السالم عن معارضة ما يقتضى المنع حتى الآية ، فانه ليس اثبات سبيل للكافر ، بناء على كون المراد منه سبيل الوكالة ، لا سبيل التوكيل ، و إلا لجاز للمسلم أن يوكل الذمي على المسلم ، وقد عرفت أنها إحدى صورتين المسوغتين .
بل لعلّ مراد الجميع الكراهة ، كما عساه يومي إليه ما عن التذكرة من الاجماع على الجواز لكن على كراهة ، فانه لا يتم إلا بحمل عبارات القدماء التي هي بمرأى منه على ذلك .

و ربما يرشد إليه ايضا ما في محكي المختلف « ويكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم ، و لم يكره ذلك أحد من الفقهاء ، دليلنا اجماع الفرقة ، و لأنه لا دليل على جوازه » فانه و إن أشعرت عبارته الأخيرة بارادة الحرمة من الكراهة في أولها ، لكن يمكن العكس ، بل لعله أولى ، فيراد الجواز الخالي منها ، خصوصا بعد ملاحظة ما عن مبسوطه « يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم ، و ليس بمفسد للوكالة » و بعد معلومية دليل أصل الجواز من العمومات وغيرها ، ودعوى أنه من السبيل المنفي أيضا واضحة المنع .

و على كل حال فما عرفت ، حكم الصور الثلاثة ، أما باقي الصور الثمانية المتصورة في المقام لأن الموكل إما مسلم أو ذمي ، و الوكيل كذلك ، و الموكل عليه كذلك ، فلا إشكال في جوازها بلا كراهة ، و إلى بعضها أشار المصنف بقوله ﴿ ويجوز أن يتوكل الذمي على الذمي ﴾ و الله العالم .

﴿ و يقتصر الوكيل في التصرف على ما ﴾ استفاد من عقد الوكالة انه ﴿ أذن له فيه ﴾ صريحا أو ظاهرا و لو بمعونة القرائن الحالية أو المقالية أ ﴿ و ما تشهد العادة ب ﴾ إرادة ﴿ الاذن فيه ﴾ من حيث تعلق الوكالة على وجه يكون و كيلافيه ، أما لو شهدت بأنه لو علم ذلك لرضي و إلا فهو حال عقد الوكالة خال عن تصور ذلك ، فهو من التصرف بالفحوى ، و إن كان سببها مورد الوكالة . لا الوكالة المعتبر فيها قصد الانشاء ، و بذلك افتقرت عن الاحكام التي لم يعتبر فيها تعلق قصد الانشاء المقدية

كما هو واضح .

اللهم إلا ان يكون قصد تعلق انشائها بما يدل عليه متعلقها بأي دلالة تكون،
و فرض الدلالة ، فيتحقق الوكالة حينئذ ، ولا بد من ملاحظة ذلك في الامثلة الآتية .
﴿ فلو أمره ببيع السلعة بدينار ﴾ مثلاً ﴿ نسيئة فباعها بدينارين نقدا صح ،
وكذا لو باعها بدينار نقداً إلا أن يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل ﴾ كالخوف
على الثمن مع الحلول و نحوه ، فانه حينئذ لا يجوز التعدي و إذا وقع كان فضولا ،
بل لعل المنتجه مافي المسالك وغيرها من عدم جواز التعدي مع احتمال الغرض الصحيح
احتمالا معتدأ به .

و كذا الكلام في الشراء نسيئة ، بمثل ما أمره به نقدا ، فلا يجوز التعدي
حينئذ الا مع تحقق عدم الغرض ، و أمّا الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه
ارفاقاً بالمشتري إن كان معيناً فلا يجوز بيعه بأزيد ، و لولم يكن معيناً ففي المسالك
جاز البيع بالاكثر مع عدم العلم بالغرض ، وعدم التصريح بالنهي عن الزايد ، لندور
الغرض في الغرض المذكور ، و أغلبية إرادة الأزيد ، مع إمكان أن يريد الارفاق
المطلق ، أو عدم الاشطاط في البيع ، أو سهولة المعاملة ، فانه مندوب إليه شرعاً ، أو
عدم زيادة الربح عن مقدار معين لغرض شرعي ، أو غير ذلك ، لأن هذه الأمور فاردة
في المطلق ، فلا يلتفت اليها مع الاشتباه .

قلت : لا ريب في عدم جواز التعدي مع فرض الاشتباه كما جزم به في جامع
المقاصد ، و بأنه لامدخلية لكون الغرض أكثر يافي أحدهما دون الآخر .
نعم لا بأس به مع فرض عدم الاعتداد بالاحتمال على وجه لا ينافي الطمأنينة
عادة بإرادة المثالية كما هو واضح .

﴿ أما لو أمره ببيعه حالاً فباعه مؤجلاً لم يصح ﴾ و لم يعض ﴿ و لو كان بأكثر
مما عين ، لان الاعراض تتعلق بالتعجيل ﴾ إلا ان يفهم عدم تحليل الحلول ، ﴿ و لو
أمره ببيعه في سوق مخصوص فباع في غيره بالثمن الذي عين له ، او مع الاطلاق بثمن

المثل صح ، اذا الغرض تحصيل الثمن ❀ فيكون ذكر السوق المخصوص حينئذ مثلاً لغيره ، و لو فرض احتمال الغرض له في ذلك احتمالاً معتداً به لم يجوز التعدي عن مفاد اللفظ ، و من هنا حكى عن التذكرة اعتبار العلم بعدم الغرض في جواز التعدي .

بل قد يحتمل عدم جوازه وإن علم عدم الغرض إلا انه لم يحضر في بالالموكل إلا خصوصية السوق المزبور ، بمعنى انه لم يفهم منه ارادة المثالية ، إذ عدم الغرض اعم من ذلك ، و من ذلك يعرف ما في المسالك هنا من الاكتفاء بعدم العلم بالغرض ، خصوصاً بعد اعتبار العلم بعدم الغرض في السابق مع عدم الفرق بين المقامين . و كذا ما فيها ايضاً من انه لو علم عدم الغرض صح البيع قطعاً لكن لا يجوز نقل المبيع اليه ، فلو فعله كان ضامناً ، و انما الفائدة صحة المعاملة لا غير ، ضرورة ان الحكم فيه مثل البيع مع فرض القطع بعدم الغرض في كونه في السوق المخصوص و ارادة المثالية من ذكره فأى فرق بين البيع و بين نقل المبيع كما هو واضح .

فما في الرياض - من ان التجاوز بالثمن للاولوية لا تقتضى الاذن في نقل العين الى مكان آخر ، فيده حينئذ عادية ، مثل البيع الزائد على المسمى الذي هو اولى - في غير محله ، بل هو غير مفروض المسألة الذي هو ما علم بارادة المثالية من السوق فيه فتأمل ، هذا كله فيما عرفت .

❀ اما لو قال : بعه من فلان فباعه من غيره لم يصح و لو تضاعف الثمن ، لان الاغراض في الغرماء تتفاوت ❀ بتفاوت الاشخاص ، فلا يجوز التخطي حينئذ مع الاطلاق قطعاً سواء علم الغرض او جهل الحال ، بل في المسالك ام علم انتفاء الغرض على ما يظهر من اطلاقهم و قوفا مع الاذن ، لكن فيه انه مناف لكلامهم وللواقع ، مع فرض القطع بارادة المثالية اذ لا تفاوت في ذلك بين تعيين الثمن و الزمان والمكن و المشتري في كونه المدار .

نعم هو مؤيد لما ذكرناه سابقاً من ان العلم بعدم الغرض لا يقتضى ارادة المثالية ،

بل يمكن أن يكون لعدم خطوط غير تلك الخصوصية في ذهن الموكل حال انشاء عقد الوكالة ، وحينئذ يتجه الاقتصار على ذلك لعدم اقتضاء عقد الوكالة غيره ، إلا أن هذا لا يخص المقام كما هو واضح .

﴿ و كذا ﴾ لا يجوز التخطي فيما . لو أمره بأن يشتري بعين المال ﴿ بعبارة صريحة أو ظاهرة ، كاشتر بهذا المال لاقتضاء الباء المقابلة إن لم يكن عرف يصرف عن ذلك ﴾ فاشترى في الذمة أو ﴿ أمره بالشراء ﴾ في الذمة ﴿ على الوجه المزبور ﴾ فاشترى بالعين ﴿ بل يكون فضولا ﴾ لأنه تصرف لم يؤذن فيه ، و هو مما تتفاوت فيه المقاصد ﴿ باعتبار خلوص المال من الشبهة ، وعدم ارادة بذلغيره لوتلف وبالعكس في الشراء بالذمة .

لكن لا يخفى عليك جريان كثير مما ذكرنا فيه أيضاً ، ضرورة عدم الفرق في هذه الامثلة ، بل ولا في غيرها في ذلك ، و لذا لا ينبغي الاطناب في الاكتثار منها والله العالم .

﴿ و إذا ابتاع الوكيل ، وقع الشراء عن الموكل ﴾ الذي قصد فائده الشراء له ﴿ ولا يدخل في ملك الوكيل ﴾ عندنا خصوصاً إذا كان الشراء بعين مال الموكل لعدم القصد و لعدم ملكه العوض و ﴿ لأنه لو دخل في ملكه لزم أن ينعتق عليه أبوه و ولده لو اشتراهما ، كما ينعتق أبوالموكل وولده ﴾ .

و دعوى أنه في الزمن الثاني يدخل في ملك الموكل يدفعها عدم أولوية ذلك من العتق المبني على التغليب خلافاً للمحكى عن أبي حنيفة من الانتقال إلى الوكيل أولاً ثم إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق به في الشراء بأكثر من ثمن المثل ، و لم يذكر الموكل لفظاً و نحوه ، ولأن الخطاب إنما جرى معه ، و فيه منع تعلق الاحكام به في نفس الأمر ، و إنما تعلق في المثال ظاهراً ، لعدم العلم بقصده ، والخطاب إنما وقع على سبيل النسيابة مع أنه كشراء الأب والوصي الذي وافق فيه على الاتفال منه إلى المولى عليه ، وغير ذلك مما هو واضح .

﴿و لو و كّل مسلم ذميّاً﴾ مثلاً ﴿فى ابتياع خمر لم يصح﴾ لعدم جواز شراء الخمر فى نفسه للموكل ، فلا تقع النيابة فيه كالمحرم الذي لا يجوز له توكيل الممثل فى تكاحه ، ضرورة أنه كما يعتبر فى التوكيل جواز ايقاعه الفعل الموكّل فيه فى صحة كونه وكيلاً ، كذا يعتبر جوازه للموكل فيه أما إذا كان أصل الفعل وطبيعته محرّمة عليه فلا يصح التوكيل فيه أيضاً كما هو واضح .

﴿و كل موضع يبطل﴾ فيه ﴿الشراء للموكل﴾ للمخالفة او لغيرها ﴿فإن كان سماء عند العقد﴾ لفظاً ونية ﴿لم يقع عن أحدهما﴾ أما عن التوكيل فلأن المفروض قصد غيره ، و أما عن الموكل فلغرض مخالفته ، فلم يكن وكيلاً عنه . نعم يكون العقد حينئذ فصولاً ﴿و إن لم يكن سماء قضى به على التوكيل فى الظاهر﴾ المقتضى مباشرة الشراء له باعتبار كون الخطاب معه ، و أما فى نفس الامر فمع عدم إجازة الموكل تخلص بتجديد العقد مع البائع ، فإن لم يتمكن أخذاً لمبيع مقاصة ، فلو فرض زيادته توصل لا يصل الزايد للبائع .

و كذا لو كان الشراء بعين مال الموكل الذي لم يذكر فى اللفظ ولا بيّنه على ذلك ، وحلف البائع على نفي العلم ، فإنه ينبت به البيع ظاهراً و يغرم التوكيل للموكل مع تمذر ردّ العين ، و لو ببذل أضعاف قيمتها لمخالفته و تفريطه فى دفع عينه ، ثم يأخذ هو المبيع مقاصة ، أو يدفعه للموكل من أول الأمر فى وجه قوي ، و يغرم له ما زاد عليه إن كان ، و إن فرض زيادته توصل إلى إيصاله إليه ، و لو ذكر الموكل لفظاً و قصد نفسه وقف على إجازة الموكل ظاهراً ، لكن يتكون الشراء فى الباطن للتوكيل إن لم يكن الشراء بعين مال الموكل ، و إلا كانت نيته لغوا و بنى الحكم على الظاهر .

بل فى المسالك الحكم بذلك فى الأول أيضاً إذا كان للبائع غرض فى تخصيص الموكل ، وفيه تأمل بناءً على عدم اعتبار تعيين المشتري فى البيع الذي لم يرد من البائع فيه إلا قصد النقل عنه ، و أما القابل فإن قصد غيره كان له ، أو فصولاً و إلا وقع البيع

له إذا لم يقع العقد بالعين التي هي لغير القابل .

و حينئذ فلا عبرة بقصد البائع كون المشتري شخصا خاصا ، و بذلك افترق النكاح عن البيع و نحوه ، باعتبار تعيين من له النكاح فيه في العقد ، بخلاف البيع ، وبه أيضا حكم بصحة البيع حال جهل البائع بكون المشتري قصد الشراء لغيره فباعه بزعم أن المبيع له ، ثم بان أنه قصده لموكله ، أو لمن هو ولي عنه .

أللهم إلا أن يقال : ان القصد وان لم يكن معتبرا في الصحة ، لكن مع فرض تشخصه من البائع بالعقد يجب مطابقة قصد المشتري معه ، و إلا وقع العقد باطلا للاختلاف ، و الحكم بالصحة فيما تقدم ممنوع مع فرض التشخص المزبور .

نسم لا بأس بتخييله ذلك مقارنا للعقد من دون تشخيص القصد به ، و مع الشك يحكم بعدم التشخيص أيضا ، لاصالة الصحة ، و حينئذ يتم ما ذكره ، إلا أنه ينبغي جعل المدار ما ذكرنا ، لا خصوص تعلق الغرض بالموكل ، ضرورة عدم توقف التشخيص المزبور على الغرض ، بل يمكن اتفاقه و ان لم يكن له غرض بذلك كما هو واضح بأدنى تأمل .

﴿ و كذا ﴾ الكلام فيما ﴿ لو أنكر الموكل الوكالة ﴾ و حلف على ذلك أي يبطل كون الشراء له ، ﴿ لكن ان كان الوكيل مبطلا ﴾ و لم يذكر الموكل لفظا ولا نية و كان الشراء بالذمة ﴿ فالملك له ﴾ أي الوكيل ﴿ ظاهراً او باطناً و ان كان محققاً ﴾ و نواه ﴿ كان الشراء للموكل باطناً ﴾ و للوكيل ظاهراً ، و تفصيل الحال أنه ان كان الشراء بالعين التي هي للموكل مصرحاً بذلك عند العقد ، أو كان بينة تشهد على أن العين له ، أو كان البائع معترفاً بذلك كان العقد فضولاً ظاهراً ، و للموكل باطناً مع فرض صدقه كذلك .

و حينئذ فان رجع المالك في العين وأخذها من البائع رجع اليه مبيعه مقاصة ، مع فرض تصديقه بكونه و كيلا ، و ان رجع بقيمة العين أو مثلها على الوكيل ، لتعذر أخذها من البائع أخذ الوكيل المبيع قصاصا ، و توصل الى رد ما فضل منه

عن حقه ان كان هناك فضل ، و ان تلفت تخير في الرجوع ، فان رجع على البائع ، رجع على الوكيل بالمبيع مع فرض وجوده أو تلفه بتفريط .

اما لو كان قد تلف منه بلا تفريط فلا رجوع له ، ضرورة ظلم الموكل له بزعمه كما انه لو رجع على الوكيل لم يرجع على البائع بشيء ، و لو لم يعلم البائع بالحال ولايته ؛ و لم يذكر في العقد لم يجب عليه الدفع ؛ بل يحلف على نفي العلم ان ادعى عليه ؛ ثم يغرم الوكيل ؛ و يأخذ العين ؛ اي المبيع قصاصاً على الوجه المزبور .

وإن كان الوكيل كاذباً في نفس الأمر بطل الشراء ، سواء نوى المالك أو نفسه ، أو لم ينو وجاء فيه التفصيل السابقين علم البائع بذلك وعدمه .

وفي المسالك « إن كانت العين قد تلفت عند البائع وجب على الوكيل رد العين اليه ، وإن كانت باقية عنده فخلاص الوكيل أن يصالح الموكل عليها بمادفعه من المثل أو القيمة ثم يصالح البائع على العين إن أمكن » .

وفيه أن مقتضاه عدم ضمان الثمن على البائع مطلقاً وإلا كان المتجه الخلاص المزبور على التقديرين ، ولو على قيمة الثمن أو مثله ، وليس مانع فيه كالثمن المدفوع عن المغصوب من العالم بغصبه الذي حكى الاجماع على عدم الرجوع به مع التلف بخلاف البقاء ، ولولاه لكان الضمان فيه متجهاً ، لفساد المعاملة وكون اليد ضمان ، والتسليط انما كان بعنوانها لا مجاناً كما هو واضح .

هذا كله في الشراء بالعين وأما إذا كان في الذمة وذكر الموكل لفظاً ونية وقع له باطناً إن كان محققاً وبطل ظاهراً فيأخذ المبيع عنه حينئذ قصاصاً أو على الوجه الآتي ، وان لم يذكره لفظاً ولا نية فالشراء للوكيل ظاهراً وباطناً ، وإن كان مبطلاً وذكر الموكل لفظاً ونية بطل البيع مطلقاً ، وإن ذكره لفظاً ونوى نفسه صح له باطناً وبطل ظاهراً ، وان نواه خاصة فالسلعة للبائع باطناً مطلقاً . وفي المسالك « فيشتريها منه بالثمن ان كان باقياً وإلا دفعها اليه ، ولا شيء عليه » وفيه النظر السابق .

﴿و﴾ كيف كان فلو أراد الحل واقعا في صورة صدق دعواه في الوكالة التي اشترى بهافي الذمة فـ ﴿طريق التخلص أن يقول الموكل إن كان لي فقد بعته من الوكيل﴾ بمقدار الثمن ﴿فيصح البيع ، ولا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط﴾ ضرورة أنه معلق عليه في الواقع ، ولم يثبت اعتبار عدم هذه الصورة في التسبب المزبور بل مقتضى اطلاق الأدلة خلافه .

وحينئذ يصح البيع ، ولا يكون اقراراً منه بالوكالة ﴿وبتقاصان﴾ حينئذ قهرا ضرورة أنه يكون للموكل بسبب البيع المزبور في ذمة الوكيل مقدار ماله في ذمة الموكل ، وهو الثمن الذي أداه للبائع عنه بالوكالة المفروض صحتها واقعا ، وان لم يكن قد أدى عنه أذن له في التأدية ، وكذا لو كان المبيع في نفس الأمر للبائع فطريق التخلص أن يقول له بعتكها إن كان هولي بالثمن المزبور .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ان امتنع الموكل من البيع﴾ المزبور لم يجبر عليه لعدم وجوبه عليه كما لم يجب على الوكيل شراؤه من الحاكم ، وإن صح ذلك بأن يقول له إن كان للموكل فقد بعتك إياه بمقدار ما أداه من الثمن إذا فرض أنه قيمته ، والاتباعه بعضه وبقي البعض الآخر يدسه الوكيل في مال الموكل كما أنه لو فرض نقصانه اشتراه منه بقيمته ويترقب ما لا آخر للموكل بقاؤه بما بقي له ضرورة أنه كان الأمر كما ذكره الوكيل فالحاكم ولي الممتنع والا كان العقد لغوا لكن لا يجب على الوكيل مراعاة ذلك ، وإن كان هو أولى بل ولا مراعاة الطريق الاول من التخلص .

بل ﴿جاز﴾ له ﴿أن يستوفي عوض ما أداه الى البائع عن موكله من هذه السلعة ، ويرد ما يفضل عليه﴾ ولو بالدس في ماله ﴿أو يرجع بما يفضل له﴾ فيترقب له ما لا يتمكن من المقاصة منه به بمجرد انكار الوكالة لاطلاق أدلة المقاصة من قوله تعالى ^(١) «من اعتدى» وقوله تعالى ^(٢) «والحرمان قصاص» وغير ذلك والله العالم .

﴿ولو وكل اثنين﴾ مثلاً ﴿فإن شرط الاجتماع﴾ من كل منهما ﴿لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشيء من التصرف﴾ وإن كان في الخصومة ، وإن شرطه لأحدهما لم يجز له خاصة الأفراد بلا خلاف ولا إشكال لاني الموضوع ولا في الحكم سواء جعل الوكيلهما أو ذكر ذلك قيدها في وكالة كل منهما ضرورة عدم اعتبار الاتحاد في الوكالة كضرورة عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه .

بل ﴿وكذا لو اطلق﴾ الوكالة لهما بأن قال وكلتكما أو اتما وكيلاي أو نحو ذلك مما هو ظاهر في ارادة وكالتهما من حيث الاجتماع ، بل لا يبعد الاكتفاء في ذلك بعدم ظهور ارادة الأفراد ، لوجوب الاقتصاد على المتيقن بعدان لم يكن ظهور في الأفراد . وفي دعائم الاسلام ^(١) عن أبي جعفر محمد بن علي عليه السلام متصلاً بما سمعته عنه في مسألة اطلاق الوكالة : « وإن أمر رجلين أن يبيعا له عبداً فباعه أحدهما لم يجز بيعه إلا أن يجعل البيع لكل واحد منهما على الآخر أو لهما معاً إذا اجتمعا » .

نعم لو وكل أحدهما ثم وكل الآخر فالظاهر استقلال كل منهما ، وليس وكالة الثاني عزلاً للأول ، كما أن وكالتهما لا يعتبر فيها الاجتماع ، وإن ذكر بعض ذلك في الوصيين على الوجه المزبور إلا أن الأقوى خلافه إلا بالقرينة ، ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لومات أحدهما بطلت الوكالة﴾ مع اشتراط الاجتماع ، لا تنفاء المركب بانتفاء أحد جزأيه ، وإلا بطلت وكالة الضميمة بموت الآخر دون العكس لما عرفت أيضاً .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿ليس للحاكم أن يضم إليه أميناً﴾ لعدم ولايته على الموكل الذي قد انتفى موضوع وكالته بالموت وفي المسالك « نبه المصنف بذلك على الفرق بين الوصي والوكيل ، حيث أن موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم ، والفرق أنه لا ولاية للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصي ، لأن النظر في حق الميت واليتيم إليه ، وإذا تعذر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبة إلى

التصرف بمنزلة عدم الوصي، اذ لم يرض برأيه منفردا فتداركه الحاكم بنصب شريك .

قلت : ما ذكره و إن كان مختار جماعة ، لكن قد يقال : إن المتجه بناء على ما ذكره انتفاء الوصي حينئذ ، لما عرفت من قاعدة انتفاء المركب بانتفاء أحد جزأيه فينتقل الأمر إلى الحاكم ، كما لو ماتا معاً ، لا أنه يضم مع الموجود شخص آخر لبقاء حق الوصاية له ، واحتمال ارادة تقييد ذلك بما إذا كان حياً يقتضي استقلال الباقي بالوصاية ، كما عن الأكثر ، ولامدخلية للحاكم لعدم الولاية له على من كان له وصي . كما أوضحنا ذلك في كتاب الوصية .

اللهم إلا أن يقال إن الحاكم يقوم مقام الميت الذي هو شريك لجزءه بالموت عن أداء ما تكلف به إلا أنه كما ترى ، ضرورة اقتضاء الموت بطلان هذه الولايات لا أنه باقية معه حتى يقوم الحاكم ، لعدم الدليل على ثبوتها بعده ، بل ظاهر أدلتها اختصاصها في حال الحياة فالتمسك بالاشتصاحب حينئذ في غير محله ، بعد فرض ظهور الدليل في اعتبار الحياة ، و إن أمكن منعه لولا ظهور اتفاق الأصحاب على ذلك ، هذا . والمراد باجتماعهما على العقد صدوره عن رأيهما وأمرهما معاً لا إيقاع كل منهما الصيغة .

وفي المسالك د و إن كان ذلك جائزاً أيضاً قال : فلو وكل أحدهما في إيقاع الصيغة أو وكلا ثالثاً صح إن اقتضت وكالتهما جواز التوكيل ، وإلا تعين عليهما إيقاع الصيغة مباشرة ، فيوقعها كل واحد مرة ، ويمكن أن يكون هذان مواضع جواز توكيل الوكيل ولو أحدهما للآخر ، لدلالة القرائن على أنه لا يريد مباشرة الصيغة مرتين غالباً .

وفي فيه أنه لا داعي إلى التوكيل بعد تفسير الاجتماع بما عرفت ، ضرورة صدور التصرف منهما بإيقاع الواحد باطلاع الآخر وإذنه في ذلك كما هو واضح ، ولو فرض اشتراط الاجتماع في نفس الصيغة كان المتجه صدور الإيجاب منهما دفعة أو القبول

وأما قراءة الصيغة تامة من كل واحد منهما مرة مستقلة فقد يشكك بالشك في تناول الأدلة لمثل هذا البيع خصوصاً بعد الفصل بينهما بمدة بل قد ينافيه ظاهر الأدلة على نحو ما سمعته في امتناع التعليق المنافي لظاهر دليل السببية ويمكن حمل كلامه على الأول هذا كله في الوكالة بقيد الاجتماع .

﴿ أما لو شرط الانفراد ، جاز لكل منهما أن يتصرف غير مستصحب رأي صاحبه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، بل وجب عليه مع إرادة العزيمة من الشرط ، لا الرخصة ، كما ذكرنا نظيره في الوصية وكذا الحال فيما لو كان ظاهر التوكيل ذلك ، وإن لم يصرح باشتراط الانفراد والله العالم .

ويجوز وكالة الواحد عن اثنين أيضاً ، ولو في الخصومة بينهما مع عدم التضاد في القيام بمصلحة كل منهما ، كما يجوز عن المتعاقدين وعن أحدهما مع نفسه ، حتى في استيفاء القصاص من نفسه والحد والدين ، لإطلاق الأدلة وعمومها .

﴿ ولو وكل زوجته ﴾ أو عبده ﴿ أو عبد غيره ، ثم طلق الزوجة ، وأعتق العبد لم تبطل الوكالة ﴾ للأصل بل في جامع المقاصد ومحكي التذكرة وظاهر المسالك عدم بطلانها بالبيع أيضاً ، وإن توقف فعله حينئذ على إذن المشتري إن كان غيره ، كما لو وكله ابتداء ، وعدم جواز التصرف بدون الإذن لا يقتضي بطلان التوكيل . ولكن قد يناقش بعدم ما يدل على صحة مثل هذا العقد الذي لا إشكال في توقفه على الإذن المعتبر في الاستدانة ، كالأبتداء ضرورة اتحاد مدرك اعتبارها ، ووفق واضح بين وقوع العقد على عبد الغير ابتداء فانه من الفضولي حينئذ وبين محل الفرض الذي قد وقع فيه العقد صحيحاً للمالك فلا يتصور انقلابه فضولاً .

وليس هو كاجارة الموقوف عليه إذا مات في أثناءها وانتقل الوقف إلى الطبقة الثانية التي تكفي في بقاء صحة العقد إجازتهم ، باعتبار كونهم متلقين من الواقف ، والعقد من أوله في الواقع على الفضولية ، بخلاف ما نحن فيه وحينئذ فما قيل - من أنه لو لم يستأذن المشتري نفذ تصرفه وإن ترك واجبا - لا يخلو من اشكال ، لعدم ثبوت

النياية الشرعية .

نعم يقع العقد منه فضولا أو صحيحاً بالاذن مع فرض استمرارها ، ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يوكل عبده ثم يبيعه أو عبده غيره ثم يبيعه بل أو يشتريه هو ، ومنه يعلم ما في القواعد من النظر فلاحظ . هذا كله في الوكالة التي هي عقد على حسب ما عرفت .

﴿ أما لو أذن لعبده في التصرف بماله ﴾ على وجه الاستخدام به ﴿ ثم أعتقه بطل الإذن لأنه ﴾ على الوجه المزبور ﴿ ليس على حدّ الوكالة ، بل هو إذن تابع لـ ﴾ الاستخدام با ﴿ ملك ﴾ بخلاف عقد الوكالة الظاهر في الاستقلال إلا مع القرينة ، وكذا في الزوجة المأذونة على حسب استخدام الرجال بأزواجهم فطلقها .

نعم لو فرض حصول الإذن لهما المساوقة للوكالة ، أمكن حينئذ القول ببقائها ، كالوكالة ما لم تكن قرينة على التقييد ، فإنها تتبع حتى في الوكالة أيضاً ، وقد أطنب في جامع المقاصد في وجه الفرق بين الإذن والوكالة في الفرض .

لكن ناقشه في المسالك د بأن "الوكالة لا تنحصر في لفظ ، بل تصح بكل ما دل على الإذن في التصرف ، وحينئذ فيشكل الفرق بينهما بطلان الإذن دونها ، أللهم إلا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجة الدالة على أن مراده من الإذن مادام في رقبته ، ومراده في الوكالة أنه مأذون مطلقا و حينئذ فلا فرق بين كون الإذن بصيغة الوكالة وغيرها مع احتمالها فتزول مع الإذن المجرّد لأمع التوكيل بلفظها ، حملا لكل معنى على لفظه ، ويضعف بما مرّ من أن الوكالة ليست أمرا مغائرا للإذن ، بل تتأدى بكل ما دل عليه ، ولا فرق بين الصيغتين .

قلت : فرق واضح بين الإذن والوكالة ، ضرورة اعتبار إنشاء معنى العقدية الذي هو الربط بين الإيجاب والقبول في الثاني دون الأول ، ولذا لم تبطل الوكالة بعد تحققها إلا بالعزل ، ونحوه مما تقدم سابقا باعتبار تحقق أثر العقد المستصحب بقاؤه ، بخلاف الإذن التي يكفي في عدم ترتب أثرها الشك في حصولها ، ولو بسبب

طرو حال مغائر لحال ابتدائها ، بل قد يقال : بكفاية احتمال تغير الداعي في ذلك ، بخلاف الوكالة والله العالم .

﴿ وإذا وكل انسانا في الحكومة لم يكن ﴾ ذلك منه ﴿ إذا في قبض الحق ﴾ ما لم تكن ثم قرائن ﴿ اذ قديو كل من لا يستأمن على المال ﴾ فلا يجوز له حينئذ ذلك ، ولا يبرء من عليه الحق بتسليمه .

﴿ وكذا لو وكله في قبض المال ، فأكره الغريم ، لم يكن ذلك إذا في ميحاكمته ، لأنه قد لا يرتضى للخصومة ﴾ لقصوره عنها ، بل وإن كان أهلا لها لأنه تعدد عن الموكل فيه ، كما أنه لو كان أهلا للاستيمان في الأول لم يكن القبض له لانه تعدد كما هو واضح وكانه عرض بذلك إلى اختلاف الشافعية بينهم والله العالم .

﴿ فرع ﴾

﴿ لو قال : وكنتك في قبض حقى من فلان فمات ، لم يكن له مطالبة الورثة ﴾ لعدم اندراجها في عبارة الوكالة ﴿ أما لو قال : وكنتك في قبض حقى الذي على فلان كان له ذلك ﴾ لعدم تعيين المقبوض منه فيدخل الوارث بل المتبرع بخلاف الأول الذي قد ذكر فيه المقبوض منه بلفظ « من » المقتضية لحصول ابتداء القبض منه .

بل قد يشك في وكيله ، فإنه وإن كان يده يده شرعا وجزم به في المسالك وغيرها إلا أن ذلك لا يقتضى دخوله في عبارة الموكل ، وحملها على إرادة ما هو الأعم منهما ليس بأولى من حملها على إرادة الأعم من ذلك ومن المتبرع والوارث ، وخصوصاً إذا كان هو الوصى على وفاء الدين ، فإنه قبض منه شرعاً حينئذ باعتبار قيامهم مقامه في ذلك ، ولكن لا يخفى عليك أن المدار الفهم العرفي فتأمل جيداً .

﴿ ولو وكله في بيع فاسد ﴾ مثلاً للتأجيل بأجل غير معلوم ونحوه أو ابتياع كذلك ﴿ لم يملك ﴾ الوكالة في ﴿ الصحيح ﴾ سواء كانا عالمين أو جاهلين أو

متفرقين ، لعدم اندراجه فيه إلا مع القرينة عرفاً على إرادة الوكالة على أجل معين منطبق على ذلك تقريباً .

وعلى كل حال فهو غير وكيل ، لأعلى الفاسد الممنوع شرعاً ، ولا على الصحيح المفروض عدم اندراجه في عبارة الموكل ، فلو باع بها أو اشترى ودفع المبيع أو الثمن فهو فضولي ، ويضمن ما دفعه مع عدم الإجازة ، وقاعدة « ما لا يضمن » قد عرفت عدم الدليل عليها بحيث يشمل المقام ، ونحوه من الوكالة على مغبوب وشبهه ، أو أن ما نحن فيه ليس من مقتضاها ، ضرورة استناد الضمان فيها إلى دفعه الذي هو بلا إذن ، والمسلم منها عدم ضمان نفس العين إذا كانت بقساد الوكالة أمانة شرعية في يده لا مطلقاً ، بناء على عدم الضمان فيها إذا كانت أمانة من المالك بأذن خارجة عن إذن العقد المقتضى لكونها أمانة ، أو غير ذلك ، لا لكونه مضمونة منه كما هو واضح بأدنى تأمل والله العالم .

﴿ وكذا لو وكّله في ابتياع معيب ﴾ لا يجوز له التخطي إلى شراء الصحيح لتفاوت الأغراض إلا مع قرينة حال أو مقال تقتضي التعدي .

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لو كان لانسان على غيره دين فوكّله أن يبتاع له به متاعاً جاز ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ و ﴾ لكن لا ﴿ يبرأ ﴾ إلا ﴿ بالتسليم إلى البايع ﴾ ضرورة عدم تشخص الدين إلا بقبض من هوله ، أو من يقوم مقامه ، والفرق عدم وكالة من عليه في تشخيصه ، إذ لم يأمره إلا بالشراء به المقتضى للتسليم إلى البايع . فحينئذ إذا فرض وقوع الشراء بمثل ما في ذمته قدراً وجنساً مثلاً وأراد دفع ذلك إلى البايع وفاء عما في ذمته لم يبرأ مما للمالك في ذمته إلا بتسليم البايع ، فإن ما عيّنه وفاء قبل قبضه لم يتعين به مال المالك ، بل هو باق على ملكه ، ولو كان الابتياح وقع بماله في ذمته على وجه صائرثمنا فلا ريب في ملكة البايع حينئذ ، وما يمينه قبل قبضه له لا يكون تعييناً ، إلا أن المراد بالبراءة حينئذ الخلاص من عهدة تسليم الثمن إلى بايعه .

وأما لو عيّن مقداره وأوقع الشراء به فمقتضى الضوابط الشرعية انتقال المبيع إلى من عليه الدين ، ضرورة كون ماعينه باقيا على ملكه ، فينبغي أن يكون المبيع له ، لا لمن له الدين .

إلا أنه احتمال - في جامع المقاصد كما تقدم سابقا وتبعه في المسالك هنا - الاكتفاء بمثل هذا الاقرار في صحة البيع لمن له الدين ، وإن لم يحصل تمام الوفاء إلا بتسليم البايع ، للاكتفاء في الأول بنحو هذا المقدار من الملكية ، بخلاف الثاني وحاصله أنه بالاقرار المزبور يملكه من له الدين ملكا متزلزلا ، ويتبعه التزلزل في براءة الذمة إلى أن يتسلم البايع ذلك منه ، فتستقر البراءة حينئذ من هذه الجهة .

الا أن ذلك مناف للضوابط الشرعية ، ضرورة عدم حصول الملك ولو متزلزلا لمن له الدين بعد أن لم يكن وكيلا فيه ، ودعوى استفادة ذلك من عبارة الوكالة المزبورة ممنوعة ، ولو سلم فالمتجه حصول تمام البراءة باقراره وتشخيصه ، لأن الفرض كونه وكيلا في ذلك ، والتسليم الى البايع أمر آخر ، قد وكل فيه أيضا ، فلا يقتضي عدم حصول الوفاء تماما الا بالتسليم ، كما هو واضح بأدنى تأمل والله العالم .

الفصل الخامس فيما به تثبت الوكالة *

على وجه تجري عليه جميع أحكامها * و * لا خلاف كما لا اشكال في أنه * لا يحكم به * ثبوت * الوكالة بدعوى الوكيل * وان جاز الأخذ مما في يده مع عدم المعارض * ولا بموافقة الغريم * وان ألزم باقراره ، الا أنه ليس اثباتا شرعيا يهضى على الموكل لو أنكر * مالم يقر بذلك بيّنة ، وهي شاهدان * جامعان للشرائط ، وكذا بالاستفاضة التي لا تفيد العلم ، بل في الكفاية الاشكال فيها معه ، وان كان في غير محله ، ضرورة أنه ما وراء العلم من شيء .

وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الثبوت بها ، وان لم تفد العلم ، لدعوى عدم

الفرق بينهما ، وبين ما صرحوا بثبوته بها ، كالهلال والحواء ، وإن كان هو أيضاً كما ترى بعد حرمة القياس ، وبعد فرض ثبوت المقيس عليه بها وإن لم تفد العلم .
 ﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لا تثبت ﴾ أيضاً ﴿ بشهادة النساء ، ولا بشاهد واحد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين ، على قول مشهور ﴾ في الجميع ، بل في المسالك « لا أعلم به مخالفا » بل في جامع المقاصد والتنقيح نفيه ، بل في التذكرة ومجمع البرهان الاجتماع عليه ، لكن في مفتاح الكرامة عن كشف اللثام عن الشيخ في المبسوط في كتاب الشهادات أنه قوى قبول شاهد وامرأتين في الطلاق والخلع والوكالة والوصية والنسب ورؤية الأهلة .

بل حكى عن الصدوق والمفيد والشيخ في النهاية و سلاّر وابني حمزة وزهرة ما هو ظاهر في قبول شهادة النساء فيها ، وإن كان الذي تقتضيه قواعد المذهب الأول لما عرفته من الاجماع المتعصدة بنفي الخلاف ، وبقاعدة أصالة عدم ثبوت الحق وغيرها ، فلا ريب حينئذ في ذلك ، لعدم كونها مالا ، وإن تعلقت به ، باعتبار كونها ولاية عليه ، إلا أن ذلك لا يقتضي صحة اثباتها بالمزبورات التي ستعرف انشاء الله في محله اشتراط قبولها بما لا يكفي فيه مثل هذا التعليق ، وإن كان في صحيح ابن مسلم ^(١) الاكتفاء بالشاهد واليمين في حقوق الناس ، إلا أن الظاهر إرادة مالا يشمل ذلك منه في مقابلة العامة المنكرين حجية ذلك بالمرّة إلا أن الأوصاف ما تسمعه انشاء الله في كتاب القضاء .
 نعم لو ادعى جماعا على وكالة قد فعل مقتضاها أمكن ثبوت الجعل نفسه بها ، لأنه مال دونها ، ولا يستلزم ذلك تبعث مقتضى الشهادة ، بل هو بمنزلة دعويين ثبتت احديهما دون الأخرى ، نحو ما ذكره في السرقة من اثبات نفس المال بذلك ، دون القطع ، وإن تأمل فيه في مجمع البرهان على ما قيل .

بل عن بعض متأخري المتأخرين أن ثبوت الجعل والمال دون الوكالة والسرقة لا ينطبق على القواعد والاصول ، بل هو مما تنكره بديهة العقول إلا أنه كما ترى ،

(١) الوسائل الباب ١٢ - من ابواب نفيّة الحكم واحكام الدعوى الحديث - ١٢ .

ضرورة صدق اشتغال الفرض على المال ، فيشمله ما دلّ على حجية ذلك فيه ، و غيره مما اعتبر الشارع في اثباته شيئاً مخصوصاً والله العالم .

وكيف كان فلا خلاف كما لا إشكال في ثبوتها بتصديق الموكل ، وبالشاهدين الجامعين للشرائط المجتمعين على مشهود عليه متحد في الزمان والمكان وغيرهما من عقد خاص أو إقرار كذلك ، بل الظاهر عدم الحاجة الى حكم الحاكم بهما ، لعموم دليل الحجية والسيرة ، ﴿ و ﴾ لغير ذلك مما ذكرناه في نظائر المسألة .

أما ﴿ لو شهد أحدهما بالوكالة في تاريخ والآخر في تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظرا إلى العادة في الإيثار ، إذ جمع الشهود لذلك في الموضوع الواحد قد يعسر ﴾ ولأن المشهود عليه في الحقيقة متحد ، إنه كونه وكيلا ، والاختلاف في تاريخ الشهادة عليه أو في مكانه لا يقتضي اختلافا فيه ، بعد أن لم يذكر سببه من إقرار أو إنشاء ، على أن ذا التاريخ السابق شاهد بكونه وكيلا في اللاحق ، وكذا بالنسبة إلى المكان ، فلا ريب في اتحاد المشهود عليه وإن اختلف تاريخ شهادتهما أو مكانهما .

﴿ وكذا لو شهد أحدهما ﴾ باستفادة ﴿ أنه وكتله بالعجمية ﴾ من الموكل ﴿ والآخر بالعربية ، لأن ذلك يكون إشارة الى المعنى الواحد ﴾ وهو الاتصاف بكونه وكيلا ﴿ و ﴾ إن اختلفا في طريق استفادتهما له .

﴿ لو اختلفا في لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال ﴾ في عقده : ﴿ وكلتكم و يشهد الآخر أنه قال : استنبتكم لم تقبل ﴾ في المشهود ﴿ لأنها شهادة على عقدين ، إذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للآخرى ﴾ والفرض عدم ثبوت كل منهما ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ عند المصنف ﴿ إذ مرّجه إلى أنهما شهدا في وقتين ﴾ على تحقق وصف الوكالة بتعدد إنشاء أو تعدد إقرار أو إنشاء وإقرار .

﴿ أما لو عدلا عن حكاية لفظ الموكل واقتصرا على إيراد المعنى ﴾ الذي هو كونه وكيلا ﴿ جاز وإن اختلفت عبارتهما ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، وبذلك ظهر

لك أن الاطناب من المسالك أو غيرها في الايراد على عبارة المصنف الاولى - و أنها منافية للمشهور من عدم قبول الشهادة مع الاختلاف في التاريخ الا في الاقرار الذي له نسبة في الخارج وقد حصل المقتضى و هو اتفاقهما على الاقرار بها و الأصل عدم تعدد نسبته بخلاف الانشاء - في غير محله .

بل قال في ذيل كلامه بعد الاطناب في بيان الفرق بين الاقرار وغيره « هذا غاية ما يمكن توجيه ما ادعوه من الفرق ، و مع ذلك لا يخلو من نظر . فكيف بما أطلق المصنف » إذ قد عرفت ان عبارة المصنف الاولى صريحة أو كالصريحة في اطلاق الشهادة بالوكالة ، من دون تعرض للاقرار والانشاء ، كما أن المراد من الثانية الاختلاف في استفادة الوكالة من الموكل بالعربية وغيرها خصوصا بعد ملاحظة تعليله و قوله بعد ذلك « ولو اختلفا في لفظ العقد » الذي قد أفتى به على وفق المشهور ، ثم ترد فيه .

إنما الكلام فيما ترد فيه فنقول إن مبنى قبول الاقرار في وقتين الاتفاق على حصول المقتضى مع عدم العلم بحصول الاختلاف ، لاحصول الاتحاد فيهما ، ضرورة عدم العلم ، لاحتمال كون الاقرار الثانى بوكالة جديدة متعقبة لفسخ الاولى مثلا ، و أصالة عدم الاختلاف لا يقتضى العلم بحصول الاتحاد فليس المبنى حينئذ إلا ما عرفت ، و هو بعينه يمكن تقريره في الصيغتين في وقتين المقتضى لعدم تكاذبهما فيما شهدا به ، إذ ليس هو كشهادتهما باختلافهما في الوقت الواحد المقتضى للتناقض المانع من قبول ذلك منهما .

و حينئذ مع فرض شهادة كل منهما بصيغة في وقت ، أو بصيغة واحدة في وقتين يقال أيضا : أن مقتضى التوكيل قد حصل ، وقد اتفقا على حصول مقتضاهما الذي هو الوكالة ، و الأصل عدم اختلاف مقتضى الثانية مع الاولى ، اذ يمكن تكريرها للاحتياط ، أو ارادة الاشهاد على الانشاء ، بل قد يقال بعدم المانع في الوكالة ونحوها من تجديد صيغتها .

و دعوى أن الثانية بعد الأولى لغو ، لا وجه لها ، على أن الحكم بذلك متوقف على العلم بحصول الأولى ، وحينئذ يتم المشهود عليه ، و بالجملة التأمل الصادق يقتضي عدم الفرق بين الشهادة على الإقرار في وقتين أو الإثشاء في وقت والإقرار في آخر ، الذي صرح في المسالك بأنه مقتضى التعليل في المتن وبين ما نحن فيه .

بل لعلّه أولى بالقبول من الأخير الذي لم يحصل شاهدان على إثباته ولا على إقراره ، إلا أنهما متفقان على حصول وصف الوكالة وهو كاف ، و لعله لذلك ونحوه حكى عن الأردبيلي الجزم بموافقة المصنف على مقتضى تردده .

نعم بناء على كون الاتحاد شرطاً ويعتبر العلم به يتجه عدم القبول فيه ، وفي الإقرار أيضاً ولو حمل عبارة المصنف على إرادة الشهادة على لفظ العقد في وقت ولفظه في وقت آخر على معنى أن الشاهد الثاني يشهد على صدوره من الموكل مكر رآه ولو بإقرار منه حينئذ يكون الوجد في قبوله أوضح ، إذ ليس فيه إلا اختلاف الوقت فتأمل جيداً وقد يأتي في كتاب القضاء والشهادات ما ينفع في المقام انشاء الله .

ولو شهد أحدهما أنه وكّله في بيع عبده ، و الآخر أنه وكّله وزيداً ، أو أنه قال : لا تبعه حتى تستأمر زيداً فلا ريب في عدم ثبوت أحدهما كما جزم به في القواعد وغيرها .

لكن قد يقال : يمكن الحكم بالصحة حينئذ لو باع هو وزيد أو مستأمر أو زيد على وجه يمضي على الموكل لو أنكر ، ضرورة عدم نفي الأول للثاني ، و حينئذ يدخل فيه ويتم اتفاقهما على هذا الفرد .

اللهم إلا أن يقال : إن ذلك منهما يقتضي الاختلاف في العقد ، ويأتي فيه الكلام السابق ، وكذا لو شهد أحدهما أنه وكّله في بيع عبده و الآخر في بيع عبده وجاريته صفقة ، فإنه وإن لم يثبت الوكالة في أحدهما بالخصوص ، لكن لو باع صفقة يمكن القول بحصول الاتفاق منهما على مضي بيع العبد في حق الموكل ، دون الجارية بعد فرض عدم أخذ الأفراد في بيع العبد ، أما إن أُلزم يقل صفقة فلا ريب في ثبوت الوكالة في العبد ،

دون الجارية ، كما لو شهد أحدهما في بيعه لزيد ، والآخر في بيعه له وإن شاء لعمره ، ولو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما : عزله ، لم تثبت الوكالة ، ولو كان الشاهد بالعزل ثالثاً ثبتت الوكالة دونه ، بناء على اعتبار التعدد فيه .

بل في جامع المقاصد ومحكي التذكرة الاجماع على عدم ثبوته بخبر العدل ، بل قال في الأول : إن المراد مما في النص و الفتوى من الاكتفاء بخبر العدل الانعزال به بعد ثبوت العزل ، وفائدة الاخبار حينئذ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل به .

ولكن لا يخفى عليك ما فيه من منافاته لظاهر صحيح هشام بن سالم ^(١) المتقدم سابقاً من ثبوت العزل به ، وأنه كاللشافهة فلا يبعد القول بأن الصحيح المزبور من باب الاخبار ، لا الشهادة ، بل لعله ظاهر بعضهم أو صريحه ، والاجماع المزبور لم يتحققه ، بل لعل المتحقق خلافه كما أوضحنا بعض ذلك فيما تقدم .

﴿ د ﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في أنه ﴿ إذا علم الحاكم بالوكالة حكم فيها بملمه ﴾ ، كغيرها من حقوق الناس وحقوق الله تعالى ، بل عن الاتصار والخلاف والغنية والسرائر الاجماع عليه ، فماعن أبي علي من الخلاف في ذلك ، في غير محلته ، بل قيل : إنه مناف لضروري المذهب حيث أطبق الإمامية على الإنكار على أبي بكر في طلب البينة من سيّدة النساء التي أذهب الله عنها الرجس وطهرها تطهيراً . والله العالم .

﴿ تفريع ﴾

﴿ لو ادعى الوكالة عن غائب ﴾ مثلاً ﴿ في قبض ماله من غريم ، فإن أكر الغريم فلا يمين عليه ﴾ بناء على عدم إلزامه بالتسليم لو صدّقه في العين والدين

(١) الوسائل الباب - ٢ - من ابواب احكام الوكالة الحديث - ١ .

الذي ستعرف الكلام فيه ، و منه تعرف ما في كلامنا في اليمين هنا حتى في الدين مع فتواه بالالزام لو صدق .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ ان صدقه فان كانت عينا لم يؤمر بالتسليم ﴾ من الحاكم عند الترافع إليه لتعلق إفراده في حق الغير الذي لم تثبت الوكالة في حقه ، لتصديقه المحتمل لكذبه ، و لغيره ، ولكن لا يمنعه لو دفع باعتبار عدم المعارض ، و من هنا لم أجد خلافاً في شيء من ذلك إلا ما عن مجمع البرهان من التأمل في عدم وجوب التسليم مع التصديق ، وإنه إن تم لم يجزله الدفع .

و فيه أن وجوب التسليم إن قلنا به فهو في حقه باعتبار إفراده الذي لا كلام لنا فيه ، بل قد يقال بترتب الضمان عليه من هذه الجهة ، لو بان أنه وكيل إلا أنه لا يقتضى الزام الحاكم له به على وجه الحكومة القاطعة للنزاع بحيث يترتب عليها مباشرة للدفع مع فرض الإمتناع منه ، وهو المراد من قول المصنف وغيره «لم يؤمر» بل لعل ذلك هو الداعي للتعبير به دون عدم الوجوب .

وليس المقام كمن في يده مال وادعى الوكالة في بيعه مثلاً ، فإنه يؤمر بالتسليم لو باعه ، وإن كانت دعواه غير نافذة أيضاً على المالك ، إلا أنه لما كان يده على المال وهو يصدق فيه كان معاملاً في الظاهر معاملة الثابت ، بخلاف ما نحن فيه فتأمل فإنه لا يخلو من دقة .

﴿ و ﴾ كيف ف ﴿ لو دفع إليه كان للمالك ﴾ الذي لم يثبت في حقه الوكالة ولو يمينه ﴿ استعادتها ﴾ من كل منهما للعدوان المتحقق فيهما يظاهر الشرع ﴿ فان تلفت ﴾ بغير تفريط ﴿ كان له الزام أيهما شاء ﴾ بالكل أو البعض لذلك ﴿ مع ﴾ فرض ﴿ إنكاره الوكالة ، ولا يرجع أحدهما على الآخر ﴾ لو رجع عليه ، لكونه ظالماً عندهما في رجوعه ، أمام التفريط فيتجه رجوع الدافع لو رجع عليه المالك على الوكيل بعد غرامته أو قبلها بالمطالبة في وجهه .

﴿ وكذا ﴾ الكلام بالنسبة إلى الأمر بالتسليم لو صدقه فيما ﴿ لو كان الحق ﴾ الذي ادعى الوكالة عليه ﴿ ديناً ﴾ لكن ﴿ فيه تردد ﴾ و خلاف ، بل لعل الأقوى هنا أنه يؤمر بالتسليم وفاقاً للمحقق الثاني والشهيد الثاني والخراساني وعن الحلبي ، لاختصاص الإقرار في حقه ، ضرورة أنه يدفع الدين من خالص ماله ، وإذا أكر من له ذلك فهو على حجته ، خلافاً للمحكي عن الشيخ ويحيى بن سعيد ، والفاضل في الارشاد والدة والكاشاني ، من مساواته للعين ، لأن تسليمه إنما يكون عن الموكل ولا ينفذ إقرار الغريم عليه باستحقاق غيره لقبض حقه ، ولأنه لا يؤمر به إلا إذا كان مبرء للذمة على وجه يطالب به بعد ذلك ، ومن ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من التسليم للمالك للاشهاد عليه ، وهنا ليس كذلك كما عرفت ، ولأن الدافع على جهة كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه ، والدفع على غير هذا الوجه غير واجب .

والجميع كما ترى ، ضرورة عدم توقف الأمر بتسليمه على نفوذ إقراره في حق الغريم ، بل يكفي فيه تعلقه في حقه من غير معارضة لحق الغير ، فهو كما لو أقر بالحوالة عليه من الغريم لشخص خاص ، فإنه لا إشكال في أمره بالدفع إليه . وإن لم ينفذ ذلك في حق الغريم ، بل هو على حجته بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك .

نعم قد احتمل بعضهم عدم وجوب الدفع فيه أيضاً ، لكنه في غير محله ، بل اعترف بعضهم بأنه في غاية الضعف ، بعد أن نسب إلى الشافعي ، ضرورة عدم انقطاع الاحتمال حتى مع الاشهاد على المالك لامكان موتهما وفسقهما وغيبتهما وغير ذلك ، وحينئذٍ فاحتمال الضرر مع إمكان دفعه بطريق من الطرق لا يصلح مانعاً لدفع الحق إلى وكيل مالكة باعتراف الغريم ، مع أنه يمكن فرض المسألة في حال القطع بعدم الضرر للغريم .

بل من المعلوم أن جهة البحث هنا غير ذلك ، والدفع على أنه مال الغائب يكفي في ثبوت مقتضيه بالنسبة إلى ذلك الإقرار المزبور الذي لا يتوقف إلزامه بمقتضاه

عملاً « باقرار العقلاء » ^(١) وبوجوب دفع الحق إلى صاحبه المطالب به على نفوذه في حق الغير ، كما هو واضح بأدنى تأمل .

و ﴿ لكن ﴾ ينبغي أن يعلم أنه على كل حال ﴿ في هذا لو دفع ﴾ له الغريم للوكيل و ﴿ لم يكن للمالك ﴾ بعد إنكاره الوكالة وعدم إجازته القبض ﴿ مطالبة الوكيل ، لأنه لم ينتزع عين ماله ، إذ لا يتعين إلا قبض وكيله وهو ينفي كل واحد من القسمين ﴾ وبذلك افترق عن العين التي عرفت مطالبة كل ﴾ و ﴿ أحد منهما بها .

نعم ﴿ للغريم أن يعود ﴾ بعد غرامته أو قبلها في وجه ﴿ على الوكيل إن كانت العين باقية أو تلفت بتفريط منه ولادرك عليه لو تلفت بغير تفريط ﴾ لتصديقه بوكالته المقتضية عدم ضمانه .

وقد ظهر لك بما ذكرنا أنه على المختار يجب على الغريم اليمين لو ادعى الوكيل عليه العلم بوكالته في الدين دون العين ، للقاعدة المشهورة المعاومة ﴿ و ﴾ هي د ﴿ كل موضع يلزم الغريم التسليم ﴾ فيه ﴿ لو أقر به يلزمه اليمين إذا أنكر ﴾ وقد عرفت أنه يؤمر الغريم بالدفع مع التصديق ، فيتوجه عليه اليمين مع إنكاره . ومن ذلك يعلم أنه لا وجه لإطلاق نفي اليمين ممن قال بأنه يؤمر بالتسليم ، وكذا يجب اليمين لو ادعى عليه العلم بأنه الوارث لصاحب الحق الذي في ذمته ، للقاعدة المزبورة ، أمّا إذا ادعى عليه العلم بأنه وارث في الجملة فقد قيل بعدم وجوب اليمين عليه ، لأنه لا يؤمر بالتسليم لو صدّقه ، لعدم إمكان القسمة ، وفي إطلاق ذلك نظر واضح .

الفصل السادس : في اللواحق وفيه مسائل *

* الأولى : * لاخلاف بين المسلمين ولا إشكال في أن * الوكيل * سواء كان يجعل أو غيره كما هو صريح بعض وظاهر الباقي * أمين * بالنسبة إلى أنه * لا يضمن ما تلف في يده إلا مع التفريط أو التعدي * كغيره من الأمناء الذين قد عرفت الدليل على عدم ضمانهم من النص " والإجماع فيما مضى من الكتب السابقة وكذا بالنسبة إلى تصديقه بدعوى التلف ، إلا ما يحكى عن بعض العامة ، فيما إذا ادّعاه بأمر ظاهر ، وأمّا بالنسبة إلى قبوله في الرد ، وفي الإقرار على الموكل وغير ذلك ، فسيأتي البحث فيها .

المسألة * الثانية : * قد عرفت فيما مضى أنه لا إشكال ولا خلاف عندنا في أنه ليس للوكيل أن يوكتل غيره ، ولو عن نفسه إلا بإذن الموكل التي بها يكون قول الوكيل الثاني ، حيث يكون وكيلاً عن الوكيل نفسه قولاً للموكل ، فهو حينئذٍ له تعلق بهما معاً .

وحينئذٍ فـ * إذا كان أذن لو كيله أن يوكتل * عنه أو عن نفسه فلا إشكال وإن أطلق ، فظاهر القواعد ومحكي السرائر والتذكرة وصريح جامع المقاصد ومحكي مجمع البرهان أنه يوكتل عن الموكل ، واحتمل غير واحد أنه يوكتل عن نفسه لأن المراد التسهيل عليه ، ولكن ظاهر المتن التخيير بينهما .

وعلى كل حال * فإن وكتل عن موكله كانا وكيلين له * بلاخلاف * ولا إشكال في * تبطل وكالتهما * معاً * بموته * وجنونه ، ولا تبطل بموت أحدهما ولا بعزل أحدهما ، صاحبه * لعدم ارتباط وكالة أحدهما بوكالة الآخر ، * و * إذا كان الأول واسطة عن الموكل في وكالته .

نعم * إن وكتل عن نفسه * حيث يكون له ذلك بالإذن من الموكل فيه

أو بالإطلاق بناء على اقتضائه ذلك ﴿ كان له عزله ﴾ وتبطل وكالته بموته وجنونه ،
وبعزل الموكل له ، بلا خلاف ولا اشكال ، ضرورة أنه فرعه ، خلافاً للمحكى عن
الشافعي في أحد قولي ، فلا ينزل بعزل الوكيل ، لأن التوكيل فيما يتعلق
بالموكل وبأذنه يقتضي كون الحق له .

وفيه ماسلف من أن الإذن من الموكل انما هي في صيرورة فعل وكيل الوكيل
فعلا له بالواسطة ، فالتوسط حينئذ ملحوظ ، و وكالته مركبة منهما ، ﴿ فإن مات
الموكل ﴾ أو جن أو أغمي عليه أو عزل الأول ﴿ بطلت وكالتهما ﴾ معا ﴿ وكذا
ان مات وكيل الأول ﴾ أو جن تبطل وكالة الثاني وهذا كله لا إشكال في شيء منه ،
إلا في دعوى تعيين المراد من الإطلاق الذي هو إن كان منشؤه الانسياق منه عرفاً أمكن
منعه ، وأنه إلى الإجمال أقرب من ذلك ، حتى التغيير الذي لم نجد به قائلاً إلا دعوى
ظهور عبارة المصنف ، واستقر به في المسالك إن كان قولاً .

قال : « فإن » العبارة على تقدير انحصار الأمر في الوجهين الأولين يمكن
حملها على ما يوافقهما ، بأن يجعل قوله « فإن » وكل عن موكله ، بأن كان مضمون
توكيل الموكل له ذلك ، وكذا القسم الآخر إلا أنه لا ضرورة إلى ذلك ، فإن
المسألة محتملة ، والوجه ليس أبعد منهما .

قلت : ما ذكره في حمل العبارة لا يصلح لتنزيل الإطلاق عليه ، بل يكون مبنياً
على تصريح الموكل له بذلك ، وهو ليس محلاً للبحث ، كما ان دعوى عدم بطله لا
يقتضي رجحانه على غيره مع ان كلامهما مفهوم مغاير للآخر ، وإرادتهما معا خصوصية
كخصوصية أحدهما ، ولذا حكموا ببطلان التوكيل بعدم ذكر الموكل فيه ، و لم
ينزلوا ذلك على الإطلاق الذي هو أحد الأفراد ، ولذا كان مجعلاً .

وما نحن فيه وإن لم يكن كذلك باعتبار ذكر المتعلق ، وهو توكيل الغير ،
إلا أنه قريب منه باعتبار عدم ذكر الموكل عنه أنه الموكل أو الوكيل ، أو كل
منهما ، ولم يستعمل لإرادة الإطلاق ، بل ولا يفهم منه إلا بالقرينة الدالة على ذلك ،

ولو قطع النظر عن مفاد العبارة فليس في الأدلة ما يقتضي تعيين فرد من الأفراد الثلاثة. والتأمل في كلامهم يعطي كمال التشويش في مبنى ما ذكره من التعيين ويزيده ما في المسالك من أنه لو كان مستند الإذن في التوكيل القرائن الحالية يحتمل الوجه الثلاثة ، وتوقف في التذكرة ، وقطع في السراير أن الثاني يكون وكيلا للوكيل ، وهو متجه ، ضرورة أن الحكم في القرائن اتباع خصوص ما دلت عليه ، ومع فرض عدم دلالتها على خصوص فرد من الثلاثة فالمتجه الاجمال ، لا ما ذكره عن التحرير ، نعم ما ذكره من أنه لو كان المستند في الإذن القرينة المقالية يكون كما لو أطلق ، قد يكون له وجه ، في بادي النظر ، مع أن التأمل الصادق يقتضي خلافه ، مع فرض كونها قرينة ، لا أنها إطلاق لفظ ، وحينئذ فالمتجه اتباع ما أفادته من أحداً أفراد ، وإلا فلا جمال إلا أن يثبت أصل من الشرع يقتضي الوكالة عن الموكل ، أو عن الوكيل أو عنهما بمجرد الإذن في التوكيل ، هذا وقد ذكر الفاضل وغيره إعتبار الأمانة في وكالة الوكيل ، بل قيدها بعضهم بالعدالة إلا أن يعين الموكل غيره ، بل في القواعد وغيرها أنه لو تجددت الخيانة وجب العزل .

ولكن لا يخفى عليك عدم الدليل الشرعي على اعتبار ذلك في خصوص الفرض بل هو ليس لإلزام مراعاة المصلحة التي هي مناط تصرف الوكيل ومن المعلوم عدم اختصاصها بذلك ، خصوصاً فيما إذا أراد توكيله على إيقاع الصيغة ونحوها ، مما لم تكن له يد على مال ، كما هو واضح . ويمكن تنزيل كلامهم على ذلك فلاحظ وتأمل والله العالم .

المسألة الثالثة ❦ لا خلاف ولا إشكال في أنه ❦ يجب على الوكيل تسليم ما في يده إلى الموكل ❦ أو وكيله ❦ مع المطالبة وعدم العذر فإن امتنع حينئذ على وجه لا في خطاب الردع ❦ من غير عذر ضمن ❦ قطعاً بل ❦ وإجماعاً للعدوان في استمراره بعد انقطاع الإذن في ذلك بالمطالبة .

نعم ❦ لو كان ❦ له ❦ هناك عذر لم يضمن ❦ بلا خلاف أجده فيه ، كما عن

التذكرة الاعتراف به ، إلا أنك قد عرفت سابقاً في الوديعة أنه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم وجوداً وعدمياً على العذر كى يكون المدار عليه ، ويتمجه القول بأنه عذر عقلي وشرعي وعرفي وإن من الأخير التشاغل باتمام الحمام ، والطعام ، والنافلة ، وانتظار انقطاع المطر ونحو ذلك أولاً حتى اضطرب كلام بعضهم فيها ، فحكم هنا به بأنها أعذار دون الوديعة التي تناسب السهولة فيها .

بل هي أولى بعد ذلك فيها عذراً باعتبار اختصاص المصلحة فيها للمالك ، بخلاف الوكيل الذي يمكن أن يكون له جعل ، وظاهرهم المفروغية من عذرية الواجب الشرعي وإن استلزم ذلك طول التأخير ، كالحج الواجب ، والاعتكاف المنذور ونحوها ، إلا أنه لا يخفى عليك ما في الجميع بعد ما عرفت من خلو الأدلة عن العنوان المزبور .

فالتمتجه حينئذ المحافظة على صدق الفورية العرفية في الأداء التي لا ينافيها إتمام بعض الأعمال ، ولا عدم الاسراع في المشي مثلاً ، وعلى الترجيح عند التعارض مع الواجبات المنافية لذلك ، كما أوضحنا ذلك في كتاب الوديعة .

بل إن لم يكن ثم إجماع اتجه القول بالضمان مع التأخير المنافي للفور عرفاً ، لعذر شرعي لأصالة الضمان في مال المسلم المحترم كدمه ، أو لقاعدة على اليد التي لا ينافيها عدم الإثم في الامتناع ، وإن انفسخت الوكالة والوديعة .

وليس في الأدلة ما يقتضي عدم الضمان في كل ما أذن شرعاً ببقائه في يده على وجه يشمل الفرض ، وقد أشرنا سابقاً إلى احتمال الضمان مع تصديق الوكيل ، وإن جازله التأخير لعدم البيئنة كما أنه محتمل أيضاً في التأخير لإرادة الاشهاد فتأمل جيداً فإنه يمكن القول بأن المفروض من الأمانة الشرعية التي لا تدرج في العموم المزبور ، باعتبار عدم صدق الأخذ على الاستدامة ، ونحو وقوع الثوب في اليد بإطارة الريح ونحوه فيبقى أصل البرائة سالماً كما أشرنا إليه سابقاً في نظائر المقام ، بعدم منع أصالة الضمان الذي حصرنا أسبابه في أسباب مخصوصة والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لوزال العذر فآخر التسليم ضمن﴾ بلا خلاف ولا إشكال، لأنه من المغصوب باعتبار كون الاستيلاء عليه بغرض، فتندرج في قوله ﷺ^(١) «كل مغصوب مردود»، أي ولو بالمثل أو القيمة كما هو واضح.

﴿ولو﴾ امتنع مثلاً من الرد بعد المطالبة به مع الاعتراف به ثم ﴿ادعى بعد ذلك أن تلف المال﴾ قد كان ﴿قبل الامتناع، أو ادعى الرد قبل المطالبة، قيل لا تقبل دعواه، وإن أقام بينة﴾ لتكذيبه لها بالإقرار المفروض سابقاً واختاره جماعة ﴿والوجه﴾ عند المصنف ﴿أنها تقبل﴾ لعموم البينة على المدعي، خصوصاً إذا أظهر لإقراره الأول وجهاً ممكنًا، كنسيان أو اعتماد على كتابة ونحوها، إلا أنه لا يخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بما ذكرناه سابقاً في الودعة من أن المتيقن من الخبر المزبور ما إذا لم يكذبه.

على أنه معارض بمادل على حجية الإقرار، بل هو كذلك لو أنكر أصل المال، فإنه وإن كان إنكاراً إلا أنه إقرار في حقه، على وجه يناق سماع بينته.

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد معترفاً بوجود المال، ولا منكراً لأصل قبضه، ولكن كان ذلك مما طلة، اتجه حينئذ سماع بينته.

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد للمخبر، ولعدم صدور ما ينافيها منه كما أنه يتجه ذلك لو ادعى الرد بعد الامتناع منه، بل والتلف بالنسبة إلى عدم الالتزام بالعين، فتسمع حينئذ البينة منه، كما هو واضح.

بل قد يقال في الأول بسماع قوله في التلف فضلاً عن بينته، لأن ذلك المطل الذي قد كان منه لا يقتضي عدم قبول قوله في التلف أو الرد بناء على القول به لعموم مادل عليه أو إطلاقه والمطل المزبور يمكن أن يكون حياً من المالك أو لغير ذلك من الوجوه الصحيحة، لكن في القواعد ومحكي التذكرة والسرائر التصريح بعدم قبول غير البينة منه في الغرض المزبور والله العالم.

(١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الغصب الحديث - ٣ - وفيه «لأن الغصب

المسألة ﴿الرابعة : كل من في يده مال لغيره﴾ ممن تتوجه له الدعوى به ولو غصباً لأمثل الزكاة والخمس ﴿أو في ذمته﴾ كذلك ﴿فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض﴾ حال وقوعه ﴿ويستوي في ذلك ما يقبل قوله في ردّه وما لا يقبل إلا ببينة ، هر بامن الجحود المفضي إلى الدرك أو اليمين .

وفصل آخرون بين ما يقبل قوله في ردّه ﴿كالوديعه﴾ وما لا يقبل ﴿كالعارية﴾ فأوجبوا التسليم في الأول ﴿وإن لم يشهد﴾ وأجازوا الامتناع في الثاني لإممع الشهادات بل عن آخرين أيضاً التفصيل في الثاني بين أن يكون بينة على أصله وعدمه ، فيجب التسليم في الثاني لتمكّنه حينئذ من الإنكار بنحو « لا تستحق عندي شيئاً » وشبهه ، دون الأول .

﴿و﴾ على كل حال فـ ﴿الأول أشبه﴾ عند المصنف ومن تأخر عنه ، بل عن بعض متأخري المتأخرين نفى القائل منا بالتفاصيل المزبورة وإمماهي للشافعية ، وإن كان فيه ما فيه ، لأن الأول محكي عن المبسوط والثاني عن يعقوب بن سعيد .

بل في محكي السرائر تقييد الحكم بما إذا لم يؤدّ الأَشهاد إلى تأخير الحق ، فإن أدّى إلى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله باليمين ، بل عن الأردبيلي التوقف في أصل الحكم ولعله كذلك للمقل والنقل كتاباً وسنة في وجوب دفع الحق إلى صاحبه مع مطالبته ، وخصوصاً مع الضرر العظيم في تأخير عنه ، وتعدّر الأَشهاد المعتبر أو تعسّره في كثير من المقامات ، فلا يخالف ذلك الاحتمال ترتّب ضرر عليه بالإنكار ، مع أن الأصل عدمه ، وربما يطمئن الدافع في كثير من المقامات بعدم وقوعه منه .

على أن الأَشهاد المزبور لا يرفع الاحتمال المذكور ، لا مكان موت الشهود وغيبتهم وخروجه عن تأهل الشهادة ، بل يمكن أن يدعى عليه العلم بخطأ الشهود ونحو ذلك ، فيتوجه عليه اليمين الذي يمكن إنكار كونها ضرراً على الحالف بحيث يجوز له منع الحق عن مستحقه ، إلى غير ذلك مما لا يخفى وروده على إطلاق الحكم

المزبور ، ولذا سمعت من الفاضل في التحرير التقييد المزبور ، وإن كان هو غير مجدي في رفع الإشكال من أصله ، كما أن التفاصيل المزبورة كذلك أيضاً .

نعم قديقال : إن من في يده مال الغير مثلاً لما كان مأموراً بدفعه وإيصاله إلى من له الحق ، فهو مخير في طرق الإيصال التي لا تنافي القورية العرفية ، وليس فيه ضرر على المالك ، فمع فرض التشاح فيها منهما بأن أراد من عليه الحق الإيصال المشتمل على الشهادة بالوصول إليه ، وأراد المالك خلافاً ، كان الدافع هو المقدم ، لأنه المخير والفرض عدم الضرر على المالك ، مع احتمال الضرر على الدافع في غيره .
أمّا حال تعذر الشهود أو تعسرهم أو تحوّل ذلك مما كان فيه الضرر ، بتأخير الحق عن صاحبه المطالب به فلا ريب في تقديم جانب المستحق كما سمعته من الفاضل في التحرير ، فإن أمكن حينئذ حمل كلام المصنف وغيره من الأصحاب على ذلك ، أو أما يقرب منه كان له وجه ، لأمعاء يظهر منه من جواز الامتناع حتى يشهد ، وإن استلزم ذلك التأخير سنة أو أزيد ، لتعذر الشهود أو تعسرهم وغير ذلك مما لا ينطبق على القواعد الشرعية من دون نص معتبر ، أو إجماع كذلك ، بخلاف ما قلناه المبني على ترجيح المستحق عليه على المستحق ، في اختيار بعض طرق الإيصال التي لا ضرر فيها على المالك على الوجه المزبور .

ولعل ذلك مبني القول بالتفصيل ، وإن لم ينقحوه على القواعد ، ولم يلحظوا قاعدة تراحم الحقيقين ، و ميزانه الموافق للضوابط فلا حظ وتأمل فإن المقام منه ، بعد تسليم كون حق الإيصاد لمن عليه الحق معلوماً من الكتاب والسنة وعلى كل حال فلا يلزمه دفع الوثيقة إذا كانت ملكه ، وقد أشهد على نفسه بالقبض ، للأصل مع الدفاع الضرر .
المسألة الخامسة : الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الودعي لم يضمن *
إذا أنكر الودعي بلا خلاف محقق أجده فيه ، وإن حكى في المسالك القول بوجوب الإيصاد ، إلا أنا لم نجده لأحد من أصحابنا .

نعم عن التذكرة الإشكال فيه ، وهو في غير محله ، ضرورة عدم كون ذلك

تفريطا عرفا ، خصوصا في الوديعة المبنية على الاخفاء ، ولذا لم يكن تركه كتركه في ردها الى وكيل المالك ، تفريطا بها ، بلا خلاف أجده فيه أيضا ، ولو أنكر المالك الدفع إلى الودعي ، فالقول قول الوكيل الذي هو أمين على ذلك ، هذا كله في وكيل الابداع .

﴿و﴾ أما ﴿لو كان وكيلًا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن﴾ لو أنكره كما عن الشيخ والفاضل في جملة من كتبه ، ولده والشهيدان والمحقق الثاني للتفريط ﴿و﴾ لكن في المتن ﴿فيه تردد﴾ وكذا القواعد ، بل كأنه قال به في محكي المختلف ، بل عن الاردبيلي الجزم بذلك ولعلّه لعدم صدق التفريط عرفا ، لا أقل من الشك ، والاصل عدم الضمان ، مضافا إلى السيرة والله العالم .

المسألة ﴿السادسة﴾ : إذا تعدى الوكيل في مال الموكل ﴿بلبس و نحوه﴾ ﴿ضمنه﴾ قطعا ﴿و﴾ لكن ﴿لا تبطل وكالته﴾ على بيعه مثلا بلا خلاف أجده بين من تعرض له ، إلا ما يحكي عن أبي علي وأحد وجهي الشافعية ﴿لعدم التناهي﴾ بين الضمان بسببه الشرعي ، و بقاء الوكالة المستصحب المحتاج رفعه إلى فاسخ شرعي أو انشاء عزل المالك ، كما تقدم الكلام في نظائره من الرهن ، ومال القراض ، والعارية بل والوديعة ، وإن ظهر من بعض العبارات انفساؤها بذلك ، لكنّه في غير محله ، بل الظاهر بقاء أحكام الأمانة غير الضمان .

نعم لو فرض اعتبار عدالته في وكالته ، أمكن اعزاله حينئذ بالفسق بالتعدي كما هو واضح ، ﴿و﴾ حينئذ ﴿لو باع الوكيل ما تعدى فيه وسامه إلى المشتري برىء من ضمانه﴾ بلا خلاف أجده فيه ، كما اعترف به في المسالك ، بل في محكي التذكرة الاجماع عليه ﴿لانه تسليم مأذون فيه فجرى مجرى قبض المالك﴾ المعلوم انقطاع الضمان به ، ولا يكون الثمن مضمونا لعدم التعدي فيه .

نعم رجع نالي المحققين والشهيدان عدم زوال ضمانه بالبيع قبل القبض ، لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتري ، فيكون التلف من مالك الموكل ، وفيه أن

ذلك يقتضى الانفساخ من حينه على الاصح ، فيكون قد تلف وهو ملك المشتري وإن اقتضى ذلك إفساخ البيع ، كما لو ردّه المشتري على الوكيل بعيب ، حيث يكون وكيله عليه أيضاً بعد الرد ولو بالوكالة الاولى ، فانه قد صرح في المسالك بعدم الضمان فيه والفرق بينهما غير واضح .

ألهم " إلا أن يكون قد بنى الاول على الانفساخ من الاصل به كما لعله - الظاهر من آخر كلامه ، وبما ذكرنا يظهر لك النظر أيضاً فيما عن التحرير من التوقف في الضمان في الاول ، والجزم به في الثاني ، كما عن التذكرة ، كما أنه يظهر منه أيضاً إنقطاع الضمان عنه ببيعه بالخيار إلى مدّة يفسخ فيها ، فضلا عن أن يكون الفسخ من المشتري ، لانقطاع أثر سبب الضمان للاول بالخروج عن ملكه ولو متزلزلا ، واحتمال تبعية وصف الضمان لتزله لادليل عليه ، بعد معلومية انقطاعه بالانتقال المزبور ، فليس العود حينئذ الا كعوده من المالك ، بعد وصوله إليه فهو كالاستيeman الجديد فتأمل جيدا والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ إذا أذن الموكل لو كيله في بيع ماله من نفسه فباع جازم بناء على جواز اتحاد الموجب والقابل ، كما هو المشهور بل المجمع عليه بين المتأخرين بل عن التذكرة الاجماع عليه في ثلاثة مواضع ، لاطلاق الأدلة وعمومها ، وخصوص ماورد منه في الجدل والأب والوصي وبعض النصوص الاتية .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ مما عرفت ، ومن أن المنساق من الأدلة التغاير ، لأقل من الشك ، والأصل عدم ترتب الاثر ، ولذا حكى الخلاف فيه عن جماعة ، بل عن غاية المراد بسبته إلى كثير من أصحابنا إلا أنه قد ذكرنا في البيع ﴿ وكذا في النكاح ﴾ أن " الأصح " الاول ، وأنه لا شك في تناول الأدلة ، انما الكلام فيما اذا أطلق الموكل البيع او الشراء مثلا .

فهل يدخل الوكيل - فيجوز له البيع والشراء من نفسه من دون اعلام الموكل لصدق البيع والشراء ، فيندرج - في الموكل فيه -

و لخبر اسحاق بن عمار ^(١) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام يجيء الرجل بدينار يريد مني دراهم فأعطيه أرخص مما أبيع ، قال : اعطه أرخص ما تجد له ، أولا ؟ لا ميساق غيره من الاطلاق ، ولولسبق التهمة الى الذهن ، أو الشك في تناوله له . وللنصوص ، كنخبر ابن الحكم ^(٢) عن الصادق عليه السلام اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك ، و ان كان الذي عندك خيراً منه .

و خبر اسحاق ^(٣) سأله عليه السلام أيضاً عن الرجل يبعث الى الرجل ، فيقول له : ابتع لي ثوبا ، فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له بالسوق فيعطيه من عنده قال : لا تقر بن هذا ولا يدنس نفسه ان الله عز وجل يقول « اتا عرضنا الامانة » الى آخره و ان كان ما عنده خيراً مما يجد له في السوق فلا يعطيه من عنده . و خبر القلاسي ^(٤) « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل - يجيئني بالثوب فأعرضه ، فاذا أعطيت به الشيء زدت فيه وأخذته قال : لا تزده .

و خبر ابن أبي حمزة ^(٥) « سمعت الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال : جعلت فداك اني رجل ابيع الزيت يأتمني من الشام فأخذ لنفسي مما أبيع قال : ما أحب لك ذلك ، قال اني لست أنقص لنفسي شيئاً مما أبيع ، قال : به من غيرك ولا تأخذ منه شيئاً ، أرايت لو أن الرجل قال لك : لا أنقصك رطلا من دينار كيف كنت تصنع لا تقر به » - خلاف :

فعن الفاضل في التذكرة و المختلف والنهاية والتلخيص ولواحق رهن القواعد وولده في الايضاح و الشهيد في الحواشي و صريح أبي الصلاح أو ظاهره الاول ، و عن المبسوط و الخلاف و الارشاد و وكالة القواعد الثاني بل عن التذكرة أنه المشهور و لعل الاقوى الاول للصدق عرفاً و امكان حمل النصوص المزبورة بعد الغض

(١ - ٣) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب آداب التجارة الحديث ٣ - ١ - ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب آداب التجارة الحديث - ١ .

(٥) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب آداب التجارة الحديث - ٢ .

عما فى السند والاجمال فى الجملة فى خبر القلاسى منها كما يظهر من حواشى التهذيب على ضرب من الكراهة للتهمة وبحوها ، خصوصا مع اشعار قوله فيها لا يدنس ونحوه بذلك .

مضافا الى خبر ميسر^(١) « قلت له يجيئني الرجل فيقول تشتري لي ويكون ما عندي خيرا من متاع السوق قال : إن امننت أن لا يتهمك فاعطه من عندك ، وإن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق » مؤيداً ذلك كله بما ورد^(٢) من جواز أن يأخذ لنفسه من وكّل على تقسيم مال للمحاييج ، وكان بصفتهم ، وجواز حج الوصي بنفسه ممن هو وصي عنه والله العالم .

الفصل السابع فى التنازع وفيه مسائل

﴿ الاولى : إذا اختلفا فى الوكالة ، فالقول قول المنكر لانه ﴿ لموافق ﴾ الأصل ﴾ المقتضى لا بدراجة فى قوله ﴿ لا يثبت ﴾^(٣) « البيئنة على المدعى واليمين على من أنكر » سواء كان المنكر الموكل ، أو الوكيل الذى قديده غير وكالته لغرض من الأغراض كما لو كان قد اشترى شيئا ادعى الموكل أنه اشترى له بالوكالة عنه ، فانكر المشتري أصل الوكالة ، أو كانت الوكالة مشروطة فى عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع للتوقيت أو لتلف العين التى اشترط الوكالة عليها ، فادعى البائع مثلا أنه قد وكّله لإرادة لزوم العقد ، وأبكر هو ذلك لإفادة التسلط على الفسخ .

﴿ ولو اختلفا فى التلف وعدمه ﴾ فالقول قول الوكيل ﴿ وإن كان مخالفاً للأصل ﴾ « لأنه أمين ﴾ بالنسبة إلى ذلك ، بمعنى كونه مقبول القول فيه ، بخلاف أجده ، بل لعلة كذلك بين المسلمين ، فضلا عن صريح الاجماع فى المبسوط والسرائر

(١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب آداب التجارة الحديث - ٢ .

(٢) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب ما يكتسب به .

(٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث - ٣ .

وجامع المقاصد والمسالك على ما حكي عن بعضها ، بل ظاهر الأكثر ومعقد الاجماع وفي الخلاف ما هو صريح بعض من عدم الفرق بين كونها بجعل وبدونه ، ضرورة كونه أمينا على كل حال ، بل وبين كون التلف المدعى بسبب ظاهر ، كالفرق و الحرق ، أو خفي كالسرقة وبحوها ، وإن حكي عن الشيخ في الوديعة الخلاف في ذلك إلا أن المحكي عنه هنا التصريح بذلك ، ولعله لذا كان ظاهر المسالك الاجماع على ذلك هنا .

وقد عرفت فيما مضى من الكتب السابقة ما يدل من النصوص وغيره على قبول دعوى الامين في ذلك مطلقا ، حتى في الصنّاع ﴿و﴾ إن سمعت الخلاف فيه في كتاب الاجارة ، على أنه ﴿قد يتعذر إقامة البيّنة بالتلف غالبا فاقتنع بقوله دفعا لالتزام الامين المحسن وغيره﴾ ﴿ما تعذر غالبا﴾ لقاعدة العسر والحرج والاحسان والأمانة . بل قد يستفاد من التعليل في بعض النصوص الواردة في قبول قول المرأة في الحيض والطهارة منه ^(١) وبحو ذلك ، اعماد هذه القاعدة أيضا وهي « أن كل أمر يتعذر إقامة البيّنة عليه غالبا أو يتعسر ، يقبل قول مدّعيه بيمينه » ولعله إليه أدمى المصنف بما ذكره ﴿ولو اختلفا في التفريط﴾ ﴿ولو بالتعدّي فيه﴾ فالقول قول منكره ، لقوله عليه السلام ^(٢) « البيّنة على المدّعي ، واليمين على من أنكر ﴾ كما هو واضح والله العالم .

المسألة ﴿الثانية إذا اختلفا في دفع المال﴾ الذي هو في يد الوكيل من حيث وكالته ﴿إلى الموكل فإن كانت﴾ الوكالة ﴿بجعل كلف البيّنة ، لآثمه مدع﴾ و قابض لمصلحة نفسه ، فلا يساوي الوديعة ﴿وإن كانت بغير جعل ، قيل : القول قوله كالوديعة﴾ في الاحسان ﴿وهو قول مشهور﴾ كما عن الصيمري والكفاية ، بل عن غاية المراد أنه مذهب الشيخ والاتباع ، بل عن ظاهر المذهب البارع أو صريحه

(١) الوسائل الباب ٢٧- من أبواب الحيض .

(٢) الوسائل الباب ٢٥- من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث - ٣ .

الاجماع عليه .

﴿ وقيل ﴾ كما عن ابن ادريس وجماعة من المتأخرين ﴿ القول قول المالك وهو الأشبه ﴾ باصول المذهب وقواعده التي منها « البيئنة على المدعى و اليمين على من أنكر » ومنها أصالة عدم الرد وغيرها ، ولا ينافي ذلك قبول قوله في الوديعة للنص و الاجماع ، بعد حرمة القياس ، وإن حصل الجامع الذي هو الامانة ، الاحسان ، والقبض لمصلحة المالك وتأدية عدم القبول إلى إسداد باب قبول الامانة إلا أن الجميع كما ترى ، لا يطابق المذهب بعد عدم معاومية كون ذلك هو العلة شرعا ، والامانة أعم من قبول القول في الرد ، كما أن النهي عن الاتهام لا يقتضي ذلك ، بل ظاهره خلاف ذلك .

بل وكذا قاعدة الاحسان الظاهرة في نفي السبيل على المحسنين في إحسانه ، لا في قبول دعواه ، على أنه لو سلم أن من مقتضاها ما نحن فيه لاتجه القبول بلا يمين لأنه نوع سبيل ، كما أوضحنا ذلك في الوديعة والعارية .

﴿ أما الوصي فالقول قوله في الاتفاق ﴾ على الطفل أو على دوابه أو على عقاره فضلا عن دعوى التلف من غير تعد ولا تفريط بالاخلاف اجده فيه ، لأنه أمين بالنسبة إلى ذلك و ﴿ لتعذر البيئنة فيه ﴾ بل و البيع للمصلحة و القرض لها و نحو ذلك مما ادّعاءه حال أمانته ﴿ دون ﴾ دعوى ﴿ تسليم المال إلى الموصى له ﴾ بعد بلوغه و رشده الذي هو كدعوى الرد في المسألة السابقة .

بل في المسالك أن ظاهرهم عدم الخلاف في تقديم قول الموصى له ، و البيئنة في عدم القبض هنا ، و لعله كذلك للفرق بينه وبين ما تقدم بأن دعوى الرد هنا على من لم يأمنه ، بخلافه هناك ، و في محكي المبسوط قد جعل ذلك ضابطا في كل أمانة حتى في الوديعة لو ادّعى ردها على الوارث ، و إن كان قد عرفت عدم الفرق عندنا بين الجميع في أن القول قول منكر الرد إلا في الوديعة المدعى ردها على المالك أو وكيله للنص و الاجماع لما عرفت .

﴿ وكذا القول في الأب والجد ﴾ ومن حصل في يده ضالة ﴿ أو لقطة لاتحاد المدرك في الجميع وهو عموم قوله « البينة على المدعي واليمين على من انكر » بعد عدم اقتضاء الامانة وقاعدة الاحسان القبول في ذلك و بعد حرمة القياس على الوديعة كما عرفت الكلام فيه والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : إذا ادعى الوكيل ﴾ وقوع ﴿ التصرف ﴾ الذي وكل عليه ﴿ وأنكر ﴾ ذلك ﴿ الموكل مثل أن يقول : بعت ﴾ المتاع و تلف الثمن مني مثلاً ﴿ أو ﴾ قال ﴿ قبضت ﴾ المبيع لك مثلاً و تلف مني وأنكر ذلك الموكل ليرتب على الأول غرامة الوكيل المبيع عينا أو قيمة وفي الثاني عدم غرامة الثمن من الموكل لكون المبيع قد تلف قبل قبضه فلا ثمن عليه .

﴿ قيل ﴾ والقائل غير واحد ان ﴿ القول قول الوكيل ، لأنه أقر بماله أن يفعله ﴾ فيندرج تحت الأصل المعروف الذي هو « من ملك شيئاً ملك الاقرار به » و عليه بنوا نفوذ اقرار الصبي فيما له أن يفعله كالوصية والعق و التصدق ، وكذا قبول قول العبد المأذون في التجارة فيما يتعلق بها ، والولى في تصرفه بمال المولى عليه .

﴿ ولو قيل : القول قول الموكل ﴾ لأصالة العدم ﴿ أمكن ﴾ بل في جامع المقاصد هو أمتن دليلاً ، و عن مجمع البرهان كأنه أظهر و عن موضع من التذكرة أن القول قوله خصوصاً إذا كان النزاع بعد العزل وإن كنت لم أتحققه .

و ﴿ لكن ﴾ مع ذلك كله ﴿ الاول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده التي منها ما سمعت ، ومنها أنه أمين قدهى عن تخوينه الذي منه تكذيبه . وأنه محسن ، وإن كان في عدم تصديقه السر والهرج المنفيين بالاية ^(١) والزواية واختلال نظام المعاملات بانصراف رغبة الناس عن معاملات الاولياء والوكلاء والمأذونين خصوصاً في المضاربات ، ولأنه بتوكيله أقدم على قبول قوله فيما يفعله ، فيجب أن يصدق كما

الزم بتصديقه في دعوى التلف التي هي عند الغائل ليس إلا لانه أمين و صاحب يدعى ما أوّمن عليه .

و بذلك كلّّه ظهر لك أن تقديم قول الوكيل في هذه المسألة ليس لأن إقراره إقرار من الموكل ، ضرورة عدم ما يقتضي ذلك في شيء من الأدلة بل فيها ما يقتضي خلافه ، و لذا كلف باليمين بل إنما هو للنهي عن تهمة الأمين المراد منه تقديم قوله على قول المالك عند التنازع ، و منه المقام الذي لم أجد خلافا صريحا فيه بل في مصابيح الفاضل الطباطبائي نسبتة إلى تصريح الأصحاب إلا من شذّب بل فيها عن الصيمري اتفاق الفتوى على ذلك ، بل قد تشعر عبارة المتن بذلك أيضاً حيث نسبته إلى الامكان على تقدير القول به وستسمع الكلام في المسألة العاشرة .

المسألة ﴿ الرابعة : إذا اشترى إنسان سلعة ، و ادعى ﴾ بعد ذلك ﴿ أنه و كبل لا إنسان فأنكر ﴾ إلا إنسان و كالتة ﴿ كان القول قوله مع يمينه ﴾ لأن الأصل عدم الوكالة ﴿ و يقضى على المشتري بالثمن ﴾ لظهور مباشرة العقد في كون الشراء له ﴿ سواء اشترى بعين أو في الذمة ، إلا أن يكون ذكرانه يبتاع له في حالة العقد ﴾ أو قامت البينة على أن عين الثمن للموكل أو نحو ذلك ، كما تقدم الكلام في ذلك مفصلاً .

مع أنه ﴿ و ﴾ اضح كوضوح الحكم فيما ﴿ لو قال الوكيل : ابتعت ﴾ بقصد أنه ﴿ لك فأنكر الموكل أو قال ابتعت ﴾ بقصد أنه ﴿ لنفسى فقال الموكل : بل لي فالقول قول الوكيل ﴾ يمينه ﴿ لأنه أبصر بنيته ﴾ المتعلقة بفعله بلا خلاف ولا اشكال ، مع فرض كون الاختلاف في النية التي لا تعلم إلا من قبله .

بل ربما استظهر من عبارة المتن قبول قوله بلا يمين لعدم تصور الدعوى عليه إلا على القول بسماعها مع التهمة أو أن اليمين حق له على كل حال أما لو فرض إمكان الاطلاع على قصده ولو بإقراره فقد توقف بعض متأخري المتأخرين في قبول قول الوكيل للأصل ، لكن فيه ما عرفت من لزوم تقديم قوله مع فرض التداعي معه

لأنه أمين والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا زوجه امرأة ﴾ بعنوان التوكيل كما فرضه جماعة ، أو مطلقاً كما هو مقتضى اطلاق المصنف وغيره ، بل والدليل خصوصاً صحيح الحداد^(١) الذي تسمعه ﴿ فأنكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه ﴾ لأنه منكر بلا خلاف ولا اشكال .

﴿ ويلزم الوكيل مهرها ﴾ الذي اوقع العقد عليه كما عن النهاية والوسيلة و النافع و كشف الرموز و التحرير و الارشاد و القواعد و القاضي و الكيدري لا لأن المهر يجب بالعقد كملاً ولا ينتصف الا بالطلاق المفقود في المقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره في الاشهاد ، ولا لأنه أقر بأنه اخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم اليها فكان عليه الضمان ، فإن كل من أقر باخراج ملك عن غيره لعوض لم يسلم ضمنه له ، لتفريطه - اذهما كما ترى .

بل لخبر محمد بن مسلم^(٢) عن الباقر عليه السلام « في رجل زوجته أمه ولم يقبل فقال : إن المهر لازم » لأنه بناء على تنزيله على دعوى الوكالة ، بل عن الشيخ واتباعه العمل به على ظاهره ، ﴿ و ﴾ لكن يمكن حمله على ما ﴿ روي ﴾ من لزوم ﴿ نصف مهرها ﴾ كما تسمعه في صحيح الحداد فتتفق النصوص جميعاً حينئذ على النصف الذي عمل به الشيخ والحلي و يحيى بن سعيد و الفاضل في التذكرة و الفخر و غيرهم على ما حكى به في المسالك و غيرها أنه المشهور .

لخبر عمر بن حنظله^(٣) « عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل قال لا آخر اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق ، أو ضمننت من شيء أو شرطت فذلك رضائي و هو لازم لي ، ولم يشهد على ذلك ، فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و

(١) الوسائل الباب - ٢٦ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث - ١ .

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد الحديث - ٣ .

(٣) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب احكام الوكالة الحديث - ١ .

غير ذلك مما طلبوه وسألوه . فلما رجع إليه ، انكر ذلك كله ، قال يفرم لها نصف الصداق عنه ، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها ، فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذي قال له ، حل لها أن تتزوج ، ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها ، لأن الله تعالى يقول : « فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان » فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل . وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج .

و صحيح أبي عبيده ^(١) عنه عليه السلام أيضا « في رجل أمر رجلا أن يزوجه امرأة من أهل البصرة من بنى تميم فزوجه امرأة من أهل الكوفة من بنى تميم ، قال : خالف أمره ، وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولا عدة عليها ولا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضا ولا قبيلة ثم جحد ألا أمر أن يكون أمره بذلك بعدما زوجه ، فقال : إن كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر وإن لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها ، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا وإن لم يكن سمى لها فلا شيء لها » .

و من ذيله يعلم أن المراد بالصداق أولا النصف ، كما يعلم إرادة المرأة من « الأهل » فيه وإلا كان دالا على وجوب مهر و نصف ولم يقل به أحد ولا وجه له ولملّه لعدم تنقيح المراد من هذا الصحيح واشتمال الأول على التعليل الذي لا يوافق الضوابط واستبعاد الالتزام بمقتضاها الشامل للوكالة التي أخبرها بها ، وللفضولية ونحو ذلك مما لا غرور فيه واحتمالها ضمان الوكيل المهر بعد العقد والاعتراف بالوكالة ، ﴿ و ﴾ التنصيف حينئذ تنزيلا لا انتفاء النكاح ظاهرا منزلة الفسخ بالطلاق .

﴿ قيل : ﴾ وإن لم تعرف القائل به غير واحد قبل المصنف ﴿ يحكم بطلان العقد في الظاهر ﴾ لعدم ثبوت الوكالة ﴿ و ﴾ عدم غرامة شيء على أحد منهما .

(١) الوسائل الباب - ٢٦ من ابواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث - ١ .

نعم ﴿ يجب على الموكل أن يطلقها ﴾ فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف أجده فيه ، بل في جامع المقاصد لا ريب فيه وقد نطق به الكتاب والسنة من قوله تعالى ^(١) « فامسك بمعروف » وقاعدة الضرر والضرار وحفظ الاسباب ونحو ذلك ﴿ إن كان يعلم صدق الوكيل ، وأن يسوق إليها نصف المهر ﴾ و ﴿ لا ريب في أن ﴾ هذا ﴿ القول ﴾ قوي ﴿ بحسب القواعد ، بل مال إليه جماعة منهم الفاضل وولده و ثاني الشهيدين ، بل جزم ثاني المحققين بأنه أصح .

لكنه مخالف للشهرة البسيطة ، أو المركبة ، أو الاجماع كذلك ، الجابرة للنصوص المزبورة التي لا أقل من الفتوى بالمتيقن منها وهو النصف فيما لو غرّها بدعوى الوكالة صريحاً وعدم علمها بصدقه ، دون باقي الصور ، وإن دل عليه الخبر أن أو أحدهما .

وعلى كل حال فلا إشكال في صحة طلاق الموكل لها وإن لم يعترف بالزوجية . بل صريح غير واحد بصحته منه وإن أوقعه معلقاً ، كقول إن كانت زوجتي فهي طالق ، لعدم كونه تعليقاً مانعاً ، ضرورة عدم اقتضائه تأخير الأثر ، على أنه عالم بالحال وعلقه على أمر معلق عليه في الواقع ، وإليه يرجع ما في الروضة لأنه أمر يعلم حاله ، وكذا في نظائره كقول من يعلم أن اليوم جمعة : إن كان اليوم الجمعة ، فقد بعثك كذا أو غيره .

لكن في الرياض « إنه كذلك إذا لم يكن الإنكار مستنداً إلى نسيان التوكيل ، وإلا فلا يصح » وفيه أن الظاهر الصحة حتى مع ذلك ، ولعدم دليل يقتضي بطلانه كذلك بل مقتضى الاطلاقات الصحة ، ومن هنا أطلق من عرفت . ومنه يعلم ما في تعليق الروضة السابق .

وأما المرأة فلا إشكال ولا خلاف في أن لها التزويج وإن لم يطلق الموكل إذا لم تكن عاملة بالوكالة ، لأنها خلية في ظاهر الشرع كما أفصح به الخبر المزبور .

نعم لو كانت عاملة بصحة الوكالة لم يكن لها ذلك ، وليس للحاكم اجبار الزوج عليه . نعم قد يقال : بأن له الطلاق عنه مع امتناعه من وقوعه ، فيؤثر أثره حينئذ مع فرض الزوجية في الواقع للامتناع عن القيام بها والطلاق ، وإلا لم يحتج إلى طلاق . وربما احتتمل أن لها الفسخ أو للحاكم ، أو البقاء على الزوجية حتى يفرج الله عنها بموت ونحوه ، ولعل ما ذكرناه أولى بعد عموم ولاية الحاكم لمثل ذلك ، لقاعدة الضرر وغيرها ، وللآية ^(١) ونحوها والله العالم .

المسألة السادسة : إذا وكله في ابتياع عبد ف ﴿ ادعى أنه ﴾ اشتراه ﴿ له ﴾ بمائة ، فقال الموكل : اشتريته بشماين ، فالقول قول الوكيل ﴿ كما اختاره جماعة منهم الشيخ في المحكي من مبسوطه ﴾ لأنه مؤتمن ﴿ والفعل فعله من غير فرق بين كون الثمن من غير مال الموكل . أو في ذمته ، ﴾ و ﴿ لكن ﴾ لو قيل : القول قول الموكل . كان أشبه ﴿ بأصالة البراءة من الزايد ونحوها ﴾ لأنه غارم ﴿ بالأخذ من ماله المعين المجهول ثمناً أو الأداء عن ذمته ، بل عن الارشاد و مجمع البرهان اختياره ، بل لعله مقتضى ما تقدم للتذكرة ، إلا أنه مناف لما سمعته من المصنف في المسألة الثالثة . ولما يأتي له في العاشرة .

والتحقيق ما عرفت و تعرف من أن التداعي إن كان بين الموكل والوكيل كان القول قول الوكيل لما سمعت ، وإن كان بين الموكل والبايع فالقول قول الموكل وإن صدق الوكيل البايع لما استعرفه من اقتضاء الأدلة تقديم قوله في التداعي معه خاصة ، لأن أقراره أقراره مطلقاً كما تسمع تفصيل الحال فيه في المسألة العاشرة .

وعلى كل حال فما عن أبي حنيفة من التفصيل بين الشراء بالعين فالقول قول الوكيل ، لأنه الغارم لما زاد على الثماين ، والموكل إن كان الشراء في الذمة لأنه الغارم واضح الضعف ، ضرورة أخذ الثمن من مال الموكل على كل حال ، كما أن ما في المسالك وغيرها من فرض موضوع المسألة بما إذا كان المبيع يساوي مائة ، وإلا لم يمكن الشراء صحيحاً لا يخلو من نظر ، ضرورة إمكان الغبن في حق الوكيل ، ولا

يقتضى خروجه بذلك عن الوكالة ، و إنما اقضاء الخيار كما أوضحناه في محله .
 المسألة ﴿ السابعة ﴾ قال في محكي المبسوط ﴿ إذا اشترى ﴾ الوكيل
 ﴿ لموكله ﴾ مصرحاً بذلك في العقد ﴿ كان البائع بالخيار إن شاء طالب الوكيل ،
 وإن شاء طالب الموكل ﴾ ويكون دخول الوكيل في هذا التصرف بمنزلة دخول الضامن
 في الضمان ، فإن أعطاه كان له الرجوع بما وزن ، لأنه توكل باذنه في الشراء ، و ذلك
 يتضمن تسليم الثمن ، و كان الاذن في الشراء اذنآ فيه و فيما يتضمنه .

و ربما اشكل بأنه لاوجه لرجوعه على الوكيل مع فرض العلم بالوكالة ،
 ضرورة كون الثمن فيما فرضه في ذمة الموكل ، لأن الشراء له ، و لا ضمان من الوكيل .
 نعم مع الجهل بالوكالة يتجه مطالبة الوكيل لظهور مباشرة الشراء في كونه
 له ، ولكن يتوجه حينئذ اختصاص المطالبة به مع فرض استمرار الجهل بذلك .

و من هنا قال المصنف ﴿ و ﴾ تبعه بعض الناس ان ﴿ الوجه اختصاص المطالبة
 بالموكل مع العلم بالوكالة ، و اختصاص مطالبة الوكيل مع الجهل بذلك ﴾ إلى
 حين القبض أو مطلقاً ، كما احتمله في المسالك للإكتفاء بالجهل حال العقد في استحقاق
 المطالبة ، و ان علم بعد ذلك استصحاباً لما كان ، و لا يمكن عدم رضاه بمطالبة الموكل
 لو علم ابتداء .

وعلى كل حال فلا يكفي في ثبوت الوكالة المقتضية لسقوط حق المطالبة عن الوكيل
 اعتراف الموكل بها ، إذ يمكن أن يكون نواطياً منهما لاسقاط حق المطالبة خصوصاً إذا
 كان قوياً .

هذا كله إذا كان الثمن في الذمة ولم يكن قد دفعه الموكل إلى الوكيل ،
 أما إذا كان عيناً قد وقع العقد عليها ، فقد صرح في جامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان
 والتنقيح على ما قيل بمطالبة من هي في يده من غير فرق بين الوكيل والموكل ، وإن كان
 في الذمة ، ولكن كان قد دفع الموكل إليه ما يجعله ثمناً ، ففي القواعد و محكي
 الكتب السابقة والتذكرة تخير في مطالبة الوكيل لأن الثمن في يده ، والموكل لأن

الشراء له وما دفعه له لم يتشخص ثمننا هذا خلاصة ما حصلناه من كلماتهم .
لكن قد يقال إن من مقتضيات العقد استحقاق تسليم الثمن والمثل من مباشرة
سواء كان مالكا أو وليا شرعيا ولو وكيلا عليه ، وعلى ما يقتضيه من القبض والاقباض
لأنه وكيل على مجرد الصيغة ، ويكون الاذن حينئذ مقدمة لتحقيق العقد مقتضاه
لأن المباشر له بها يكون متأهلا للمطالبة بالتسليم .

ومن هنا يتسلط البايع أو المشتري على الخيار بامتناع الوكيل ، عن التسليم
والتسليم إذا كان وكيلا على ذلك ولا يسقط خيار البايع أو المشتري بامتناع الوكيل
لأن الشراء إنما هو المموكل ، اذ هو وإن كان كذلك إلا أن ما ذكرناه من أحكام
ولي العقد ووابعه .

ولا يتوهم أن لا يقتضي اختصاص المطالبة به ضرورة ثبوتها أيضا لمن كان الشراء
له باعتبار ثبوت الحق عليه أيضا ولو لمباشرة وكيله ، ومن هنا يتجدد التخيير الذي ذكره
الشيخ في المحكي من مبسوطه .

بل قد يقال به أيضا فيما إذا كان الثمن عينا أيضا ضرورة عدم منافاة ذلك
للمطالبة بتسليمها للوكيل الذي باشر العقد إذا لم تكن في يده أو للموكل كما هو
واضح بأدنى تأمل ، فلا تختص بمن كانت هي في يده ضرورة افتضاء العقد التسليم كما
عرفت بل مما ذكرنا يظهر لك ما في اطلاق جملة من عبارات الأصحاب ، وأنها محتاجة
إلى التقييد ببعض القيود التي لا تخفى على من أحاط بقواعد الفقه والله العالم .

المسألة ١٠ الثامنة إذا طالب الوكيل ١٠ الثابتة وكالته بما وكل عليه ١١ فقال
الذي عايد الحق : لا تستحق المطالبة ١٢ أي ولم يذكر أن زيد من ذلك ١٣ لم يلتفت
إلى قوله ١٤ كما عن المبسوط وغيره ١٥ لأن مكذب لبينة الوكالة ١٦ .

١٧ في القواعد « على اشكال » ولعله معارفت ، ومن أعمية ذلك من التكذيب
ضروره إمكان كونه لإبراء أو لطرء عزل أو أداء إلى الموكل أو نحو ذلك ، وقد يدفع
بما في جامع المقاصد والمسالك بما حاصله أنه يكفي في سماعها عدم تحريرها بعد أن
كانت مشتركة بين المسموعين غير المسموعة فلا تعد دعوى شرعية تستحق الجواب .

اللهم إني أقول حجية قول المسلم وأصاله صحة دعواه وعموم البينة على المدعى ونحوه تقضي بالقبول حتى يعلم فسادها بتكذيب البينة ونحوه وإلا فهي مقبولة يترتب عليها توجه اليمين وإقامة البينة ونحو ذلك والله العالم .

﴿ولو قال : عزلك الموكل﴾ سمعت بالبينة مثلاً لأنها دعوى شرعية لكن ﴿لم﴾ يتوجه على الوكيل اليمين إلا أن يدعى عليه العلم ﴿ضرورة أن العزل فعل الغير واليمين عليه إنما هو على نفي العلم به﴾ وكذا لو ادعى أن الموكل أبرأه ﴿من الحق أو أداه إليه كما هو واضح .

المسألة التاسعة﴾ لاختلاف بيننا بل وبين كافة المسلمين ولا إشكال في أنه ﴿تقبل شهادة الوكيل لموكله فيما لا ولاية له فيه﴾ كما تقبل عليه لعموم ما دل على قبول خبر العدل بخلاف ما هو ذكيل فيه ، فإنها لا تقبل فيه للتهمة كما عن الشيخ والحلي والفاضل وغيرهم التصريح به بل هو المشهور بل لم أجد فيه خلافاً لها ﴿و﴾ كذا صرحوا أيضاً بعدم قبول شهادته في جرح شهود المدعى على الموكل .

نعم ﴿لو عزل قبلت﴾ عندنا ﴿في الجميع﴾ ولو فيماله ولاية عليه لعدم التهمة حينئذ وعدم الخصومة فهو كما لو شهد قبل التوكيل في شمول أدلة القبول له وما عن بعض العامة من عدم القبول بمجرد التوكيل واضح الضعف فلا إشكال حينئذ في القبول ﴿مالم يكن أقام بها﴾ وردت للتهمة كما عن التحرير وغيره ﴿أو﴾ شرع في المنازعة ﴿التي هو ذكيل فيها فلا تقبل حينئذ للتهمة بإرادة إظهار ما ادعى به ولتحقق الخصومة لكن قيده بعض الناس بما إذا جرى الأمر على التواصل .

وأما إذا طال الفصل فربما استظهر من كلام الفاضل في القواعد القبول ، وفي جامع المقاصد أنه محتمل وهو كذلك اللهم إلا أن يدعى خروجه بذلك عن تأهل الشهادة وقبولها ، وإن زالت التهمة وارتفعت الخصومة ، وبذلك يفرق بينه وبين الفاسق إذا عاد للعدالة ، والصبي إذا بلغ والكافر إذا أسلم ، فلا تقبل حينئذ شهادة الشريك لشريكه بعد أن ردت بذلك ولو صالح شريكه بعد ذلك على وجه صاد الحق كله للشريك الآخر فتأمل جيداً ، هذا .

ولكن عن أبي علي قبول شهادة الوصي بمال اليتيم ، بل عن كشف اللثام الميل اليه مؤيداً له بمكاتبه الصفار ، و لعل الوكيل أولى فما عن الاخير من الجزم بعدم القبول فيه وصيلة الى القبول في الوصي في غير محله ، اللهم إلا أن يكون الوجه الجمود على مكاتبه الصفار .

و لعله لذا حكى عن الاردبيلى منع كون مطلق الوكالة و الولاية نفعا يمنع من شهادة العدل المقبول ، وتبعه على ذلك صاحب الحقائق ، لكنه كما ترى كالاتجاه في مقابلة الاجماع ، بل قد يشك في تناول الشهادة لمثله ، ضرورة كونه شهادة له في الحقيقة ولو من حيث الوكالة والولاية نحو شهادة المرتهن وشبهه ، و نسمع الكلام فيه في محله انشاء الله .

المسألة (العاشرة) : لو وكله بقبض دينه ﴿ مثلاً ﴾ من غريم له فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم ﴿ وأنه تلف من يده ﴾ و أنكر الموكل ﴿ القبض منه ﴾ فالقول قول الموكل ﴿ و فاقا للمبسوط والتذكرة والقواعد وغيرها ، بل في شرح الصيمري نسبته الى فتوى الاصحاب الا الفخر ، لأن الدعوى انما هي بين المالك و الغريم ، ولا نزاع بينه و بين الوكيل ، وليس في الادلة ما يقتضى الزام الموكل باقرار الوكيل فيما وكل فيه مع عدم الخصومة معه ، و ما تقدم في المسألة الثالثة من تقديم قول الوكيل انما هو مع كون التداعي معه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك قال في المتن ﴿ فيه تردد ﴾ و في القواعد على اشكال مما سمعت ، و من نفوذ قول الوكيل على الموكل باعتبار كونه أمينه ، والفعل فعله ، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه إذا كانت الدعوى مع غيره ، و تقديم قوله حيث تكون الدعوى معه لا يقتضى سقوط دعواه على الغير إذ لا يزيد تقديم قوله في ذلك على تقديم قوله في التلف بغرق أو حرق ، مع أنه لا يسقط الدعوى من المالك على أجنبي بماله كما هو واضح ، خصوصاً إذا أعرض المالك من أول الأمر عن الدعوى مع الأمين ، و خص الدعوى بالأجنبي ، و خصوصاً في مثل المقام الذي لا دعوى أصلاً بين المالك والوكيل ، لعدم القبض منه بزعم المالك ، و انما هي مختصة بينه و بين الغريم .

و دعوى أن اعتراف الوكيل بذلك و ان لم تكن الخصومة معه مسقط لدعوى المالك المقتضية تكذيبه فيما ذكره ، و قد نهى عن تهمته على وجه يراد منه عدم سماع التهمة في حقه و إن كانت تكذيبا خاصة بلا تغريم - ممنوعة على مدعيها كل المنع ، بل لا ينبغي ان تصدر من فقيه ماهر ، ضرورة عدم ما يقتضى أن اقرار الوكيل اقرار الموكل ، بل في الأدلة ما يقتضي عدمه ، خصوصا قاعدة الاقرار في حق الغير .

و تقديم قوله حال كون الخصومة معه ، انما هو لكونه موثما ، و صاحب يد على فعله ، كتقديم قوله في التلف في الخصومة معه ، لا لأن اقراره اقرار الوكيل ، و الا لم تحتج الى اليمين كما هو واضح بادنى تأمل ، و النهي عن تهمته انما يراد منه تقديم قوله في التداعي معه ، ولو بما يقتضي تكذيبه ، فضلا عن اتهامه ، لأن المراد منه عدم تكذيبه ولو بالدعوى على الغير المقتضية لذلك .

و حينئذ فاذا حلف المالك على بقاء حقه في ذمة الغريم أخذه ، ولا رجوع للغريم على الوكيل مع تلف المال في يده بغير تغريط ، لكونه ظالما بزعمه في أخذه منه ، ولا رجوع له بالظلم . هذا كله في مفروض المسألة .

﴿ أما لو أمره ببيع سلعة ﴾ مثلا ﴿ و تسليمها و قبض ثمنها فتلف ﴾ الثمن ﴿ من غير تغريط ﴾ على دعوى الوكيل ﴿ فأقر الوكيل بالقبض ، و صدق المشتري ، و أنكر الموكل فالقول قول الوكيل ﴾ هنا بلا خلاف أجده فيه .

بل في شرح الصيمري اتفاق الفتاوى عليه ﴿ لأن الدعوى هنا على الوكيل . من حيث أنه سلم المبيع و لم يتسلم الثمن فكانه يدعى الموكل ﴾ ما يوجب الضمان ﴿ على الوكيل باعتبار تغريطه بذلك ، و الأصل براءة ذمته مع أنه أمين بالنسبة إليه ، و قوله مقبول فيما أذعن عليه ﴾ و هناك ﴿ أي في المسألة الاولى ﴾ الدعوى على الغريم ﴿ دون الوكيل .

ولكن مع ذلك قال المصنف تبعه غيره ﴿ وفي الفرق نظر ﴾ لأن الاختلاف في المقامين في فعل الوكيل فمع فرض كون قوله مقبولا فيه ينبغي عدم سماع دعوى المالك في المقامين

و إلا قبلت فيهما ، و قد عرفت أن الأ شبه عند المصنف في المسألة الثالثة الاول ، بل قد عرفت أنه تردد في قبول قول الموكل وحينئذ يكون نظره رجوع الاولى إلى الثانية في الحكم كما عن فخر المحققين لا العكس إلا أنه لا يخفى عليك بعد الاحاطة بما ذكرنا في المسألة الثالثة و هنا تحقيق الحال .

ونزيده وضوحاً بأن الدعوى متى كانت من الموكل على الوكيل لا رادة تغريمه مثلاً فالقول قول الوكيل لأنه أمينه والفعل فعله ، و متى كانت على اجنبي لم يكن اقرار الوكيل مؤثراً في عدم سماعها بل تبقى على حكم ساير الدعاوي ففي مثل المقام للمالك توجيه الدعوى على كل منهما ، فإذا أعرض عن الوكيل ، ووجه الدعوى على المشتري وطالبه بالثمن كان له ذلك بعد يمينه أنه باقى في ذمة المشتري ، ولا يكون إقرار الوكيل بالقبض مسقطاً للدعوى ، بعد ان لم تكن الخصومة معه .

ولو طالب الوكيل من حيث دعوى ضمانه للثمن بتسليم المبيع قبل تسليم الثمن المفروض عدم إذنه فيه كان القول قول الوكيل هنا للأدلة التي سمعناها في المسألة الثالثة و في المقام .

بل الأقوى في النظر عدم سقوط الدعوى عن المشتري مع ذلك ، خلافاً للتذكرة و المسالك و غيرهما اذ لم يفد تقديم قوله على قول المالك بيمينه الا عدم ضمان الوكيل وسقوط الدعوى بالنسبة اليه خاصة لأنه وصول للثمن واقفاً على وجه يسقط الدعوى عن المشتري ضرورة مساواة تقديم قوله هنا لتقديم قوله في التلف المعلوم عدم اقتضائه سقوط الدعوى لو أرادها بعد ذلك على أجنبي كما قدمناه سابقاً هذا كله في الدعوى عليهما و بدء بالوكيل .

أمّا اذا كانت الدعوى مختصة من الأصل بغير الوكيل كما في قبض الدين من الغريم و نحوه أو كانت مشتركة ولكن أعرض عن الوكيل ، ووجه الدعوى على الغير فلا وجه لسقوط الدعوى باعتراف الوكيل الذي لم تكن خصومة بين الموكل و بينه .

و بذلك كله ظهر لك ما في كلام المصنف و من تأخر عنه كالفاضل وولده
والمحقق الثاني والشهيد الثاني والصيمري والعلامة الطباطبائي و إن أطنب رحمه الله
في مصابحه بذكر كلام جميع من تعرض للمسألة ، اللهم إلا أن يتكلف رجوع
بعض كلماتهم إلى ما ذكرنا ، والاصل في هذه المسألة ما في محكي المبسوط ، وهو مع
التأمل كالصريح فيما قلناه في تحقيق المسألة .

قال : « إذا وكل رجل رجلاً في قبض دين له على غيره ، فادعى الوكيل أنه قبضه
منه و سلمه إليه ، أو قال : تلف في يدي ، و صدقه من عليه الدين ، وقال الموكل لم
يقبضه منه ، قال قوم : إن القول قول الموكل مع يمينه ولا يقبل قول الوكيل
ولا المدين إلا ببينة ، لأن الموكل يدعى المال على المدين دون الوكيل لأنه يقول
أنا لا أستحق عليك شيئاً ، لأنك لم تقبض المال ، وإنما مالي باق على المدين ، ولهذا
إذا حلف طالب الذي عليه الدين ولا يثبت بيمينه على الوكيل شيئاً فإذا كان كذلك
كان بمنزلة أن يدعى من عليه الحق دفع المال إليه ، و هو ينكر ، فالقول قوله ، و
كذلك هيهنا و هذا أقوى .

و إذا وكله بالبيع و التسليم و قبض الثمن فباعه ، و سلم المبيع فادعى قبض
الثمن و تلفه في يده أو ادعى دفعه إليه ، فأفكر الموكل أن يكون قبضه من المشتري
كان القول قول الوكيل مع يمينه لأن الأصل أنه أمين ، و أنه لا ضمان عليه .

و يخالف المسألة الاولى ، لأن المدعى عليه فيها هو الذي عليه الدين ، و هو
الخصم فيه ، و إذا جعلنا القول قول الموكل في المسألة الأولى لم نوجب على الوكيل
غرامة ، وفي المسألة الثانية نوجب غرامة ، فجعلنا القول قول الوكيل في الثانية « و
تبعه غيره في ذلك .

و هو بعد تهذيبه يرجع إلى ما ذكرنا فلاحظ و تأمل جيداً لتعرف الحكم
في جميع موارد المسألة التي منها مال و وكله على طلاق زوجة مثلاً فقال الوكيل طلقت
و ادعى الموكل على الزوجة عدم ذلك ، كان القول قوله ، لأن الدعوى بينه و بين

الزوجة ، و الوكيل لادعوى عليه ، و كذا الوكالة في العتق .

أما لو كان وكيلا على القرض فقال : استقرضت لك ألفا مثلاً و تلفت ، أو انفتتها فيما و كلتني فيه أيضاً ، ولم يكن هناك ثالث تكون الدعوى بين الموكل و بينه كان القول قول الوكيل ولو بعد عزله عن الوكالة ، لأنه أمينه و هكذا .

نعم بقي شيء هل للموكل الدعوى على الأجنبي مع اخبار الوكيل بالقبض منه أو الطلاق أو العتق بأسالة المدم و نحوها و ان احتل صدقه ، أو لا بد في ذلك من العلم بشكذيب الوكيل ، قد يظهر من المحكي من بعض كلمات الاردبيلي الثاني ، و يحتمل الأول لعدم ما يدل على وجوب قبول خبره فيما اؤتمن عليه في غير مقام التداعي معه ، و إن كان له التناول باخباره و التصرف فيما يأتمن له بعنوان الوكالة و لكن لا ريب في أن الاحوط الثاني والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان في ﴿ لو ظهر في المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه ﴾ و إن سقط مطالبته به للوكيل بدعواه أنه قبضه و تلف منه مع يمينه ، بل والمشتري بناء على أن ذلك يقتضى سقوط الحق عنه لاتحاده إلا أن هذا السقوط لا يقتضى الوصول إليه ، ولو قبض الوكيل ، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه ، ضرورة أن المال مال الموكل ، لأن الفرض علم المشتري بذلك ، و وصول الثمن اليه و عدمه لا مدخل له في ذلك ، بل قد لا يجوز له رده على الوكيل إذا لم يكن وكيلا على قبضه على تقدير رده بالعيب .

و حينئذ فقول المصنف - ﴿ ولو قيل : برد المعيب على الموكل كان أشبه ﴾ و الفاضل في القواعد أقرب و الفخر في محكي الايضاح أصح ، و ثاني الشهيدين في المسالك أقوى - في غير محله ، لعدم وجه لاحتمال المنع ، بل المحكي من عبارة المبسوط خال عن ذلك .

قال : « إذا وكل رجلاً في بيع ماله و قبض ثمنه فادعى أنه قبض الثمن و تلف في يده أو دفعه اليه ، و صدقه المشتري على ذلك ، وقال الموكل ما قبضه الوكيل كان

القول قول الوكيل على أصح الوجهين ، فإذا حلف برء ، فإذا وجد المشتري بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب ، فإن أقام البينة على أنه دفع ثمنه إلى الموكل أو الوكيل كان له رد المبيع على أيهما شاء ومطالبته بالثمن ، وإن لم تكن بينة لم يكن له مطالبة الموكل بالثمن ورد المبيع عليه ، لأنه ما أقر قبض الثمن منه ، وليس للوكيل مطالبة الموكل ويكون القول قول الموكل مع يمينه أنه لا يعلم أنه قبض الثمن من المشتري فإذا حلف لم يكن له مطالبته إلا أن يقيم بينة على ما يدعيه من قبض الثمن من المشتري و تلفه في يده أو دفعه إليه .

وهو كما ترى ظاهر أو صريح في الرد من دون مطالبة بالثمن ، وأما ما ذكره من التخيير في المطالبة بالثمن مع البينة ، فلعله لاقتضاء الفسخ عنده تسليم الثمن على نحو اقتضاء العقد ، بخلاف ما إذا لم تكن بينة ، فإنه ليس له إلا الرد على الموكل وإن سقطت المطالبة بالثمن على الوكيل والمشتري ، أما المشتري فلما عرفت ، وأما الوكيل فلا عترافه بوكالته وتلف الثمن في يده .

نعم له اخذ العين باطنا - أي إذا لم يعلم منه الفسخ - مقاصة عن ثمنه مع دفع الزائد إن كان للمالك و التوصل إليه من مال الموكل و غير ذلك مع فرض النقصان هذا .

و لكن في التذكرة « فإذا حلف الوكيل أنه قبض و تلف الثمن في يده و قلنا ببراءة المشتري ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيبا ، فإن رد على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لا عترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا و إن رد على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل ، و القول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ منه شيئا ، ولو خرج المبيع مستحقا رجع المشتري بالثمن على الوكيل ، لأنه دفعه إليه ولا رجوع له على الموكل » .

و فيه مالا يخفى من عدم جواز رجوعه على الوكيل في الاول بعد اعترافه بوكالته و تلف المال في يده ، وأما رجوعه على الموكل فهو مبني على وصول ذلك إليه .

بإقرار الوكيل بناء على أنه كالبينة بالنسبة إلى ذلك .

لكن على هذا ينبغي أن يكون له الرجوع عليه في الثاني ، أو يختص به بناء على أن قبض الوكيل في الظاهر قبض للموكل ، كما في القواعد الجزم به ، فإنه بعد أن ذكر فيها أنه لو تلف المبيع في يد الوكيل بعد أن خرج مستحقا طالب المستحق البايع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين و يستقر الضمان على البايع ، و هل للوكيل الرجوع على الموكل ؟ اشكال قال : « ولو قبض وكيل البيع الثمن و تلف في يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الوكيل مع جهله ، أي بالوكالة و يستقر الضمان على الموكل ، و إلا فعليه » و إن كان كلامه فيها أيضا لا يخلو من نظر ، ضرورة منافاة الاشكال لما ذكره أولا من الرجوع على الثلاثة الذي لا وجه له في الموكل إلا دعوى سببية القبض من الوكيل الضمان عليه باعتبار أنه قبض له لانه وكيل عنه على قبض المبيع في الظاهر .

بل قد يتوهم من ذلك اختصاصه بالموكل بعد العلم بكون القبض وكالة ، كما هو مقتضى كلامه الأخير ، وإن كان التحقيق خلافه إذ الظاهر سببية القبض لزمانهما معا بعد فرض كونه و كيلا عنه في قبض ما هو مبيع ظاهراً لانه و إن كان قبضه قبض الموكل ، إلا أنه لا ينافي الرجوع عليه بعموم ^(١) « على اليد » و إن كان هو يرجع على الموكل .

وبذلك يظهر أنه لا وجه لاختصاص الضمان بالموكل في الأخير مع العلم بالوكالة إذ هو كرجوع مستحق المبيع على الثلاثة و إن علم بأن الوكيل قد قبض على جهة الوكالة فتأمل جيداً فإن المسألة لا تخلو من دقة والله العالم بحقائق أحكامه والحمد لله أولاً و آخراً .

هذا آخر كتاب الوكالة من جواهر الكلام شرح شرائع الاسلام و نسأل
الله بمحمد و آله الاعانة على اكماله و اتمامه و الحمد لله و صلى الله على خير خلقه
محمد و آله الطاهرين .

* * *

إلى هنا تم الجزء السابع و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله ومنه
وقد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه و مقابله للنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة
الاصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه .
و يتلوه الجزء الثامن و العشرون في احكام الوقوف والصدقات اشياء الله تعالى .
على الاخوة ندى

فهرس ما فى هذا المجلد

كتاب المزارعة و المساقاة

الموضوع	الصفحة
تعريف المزارعة وعقدها ولزومه	٨ - ٢ -
شروطها : كون النماء مشاعاً ، تعيين المدة ، الانتفاع بالارض	٣٣ - ٨
احكام المزارعة ، وتشتمل على مسائل سبعة	٣٣ - ٤٩
المساقاة : تعريفها	٤٩ - ٥٤
الفصل الاول في العقد	٥٤ - ٦٠
الفصل الثانى في ما يساقى عليه	٦٠ - ٦٣
الفصل الثالث في المدة وفيها شرطان	٦٣ - ٦٥
الفصل الرابع في عمل المساقاة	٦٦ - ٧١
الفصل الخامس في الفائدة وكونها جزءاً مشاعاً	٧١ - ٧٦
الفصل السادس في احكامها وتشتمل على مسائل عشرة	٧٦ - ٩٥
كتاب الوديعة	
تعريف الوديعة وأنها عقد يفتقر الى ايجاب وقبول	٩٦ - ١٠٠
وجوب حفظها وضمانها وكونها عقداً جائزاً	١٠١ - ١٢٢
اعادة الوديعة على المودع ولو كان كافراً وسائر احكامها	١٢٢ - ١٢٧
في موجبات الضمان وهى التفريط والتعدي	١٢٨ - ١٣٣
في لواحق الوديعة وفيها اثنتا عشرة مسألة	١٣٤ - ١٥٥
كتاب العارية	
تعريف العارية وكونها عقداً جائزاً	١٥٦ - ١٦٠

الصفحة	الموضوع
١٨٣ - ١٦١	فصول في المدير والمستعير والعين المستعمارة
٢٠٣ - ١٨٣	في الاحكام المتعلقة بها وفيها احدى عشرة مسألة
	كتاب الاجارة
٢١٢ - ٢٠٤	تعريفها وبيان عقدتها ولزومها
٢١٨ - ٢١٣	كلما صح اعادته صح اجارته
٢٥٦ - ٢١٩	شرائط الاجارة في المتعاقدين وتعيين الاجرة
٢٢٢	اجازة الارض والمسكن والخان والاجير بأكثر مما استأجره
٢٢٩	مسائل في تعليق الثمن واشترائط الخيار واستحقاق الاجرة
٢٤٧	فيما اذا كان العقد باطلا ، مقاطعة العمال وكرامة التضمنين
٣٠٧ - ٢٥٧	من الشرائط أن تكون المنفعة مملوكة للموَجَر ، معلومة لهما
٣١٣ - ٣٠٧	و من الشرائط أن تكون المنفعة مباحة و مقدوراً على تسليمها
٣٤٠ - ٣١٣	فصل في احكام الاجارة وفيه ثلاثة عشر مسألة
٣٤٦ - ٣٤٠	فصل في التنازع وفيه ثلاث مسائل

كتاب الوكالة

٣٥٦ - ٣٤٧	تعريف الوكالة وعقدتها وجوازها وشرائط العقد
٣٦٦ - ٣٥٧	في المزل والامزال وموارد بطلان الوكالة
٣٧٧ - ٣٦٦	مقتضى اطلاق الوكالة وما يجب على الوكيل وفروع في ذلك
٣٨٦ - ٣٧٧	في متعلق الوكالة وفيه امور ثلاثة
٤١٢ - ٣٨٧	ما يعتبر في الموكل والوكيل
٤١٨ - ٤١٢	فيما تثبت به الوكالة على وجه تجري عليه جميع احكامها
٣٢٠ - ٤١٨	في لواحق الوكالة وفيها سبعة مسائل
٤٥٠ - ٣٢١	في التنازع في الوكالة وفيه عشرة مسائل





